This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 212 064

S

STIER-SOMLO

Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung

1908

GER
967.3
STI

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Ihmann
159

Das freie Ermessen
in
Rechtsprechung und Verwaltung.

Von

Fritz Stier-Somlo,
Universitäts-Professor in Bonn.

Aus den Staatsrechtlichen Abhandlungen
Festgabe für Paul Laband
zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion
Zweiter Band

Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1908.

Digitized by Google

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen.

Paul Laband:

Das Staatsrecht des Deutschen Reiches.

Vierte, neu bearbeitete Auflage.

4 Bände.

Deutsches Reichsstaatsrecht.

(Neubearbeitung auf der Grundlage der 3. Auflage des Laband'schen kleinen Staatsrechts.

(Das Oeffentliche Recht der Gegenwart. Systematischer Teil. I.)

Die Thronfolge im Fürstentum Lippe

unter Benutzung archivalischer Materialien erörtert.

Georg Jellinek:

System der subjektiven öffentlichen Rechte.

Zweite durchgesehene und vermehrte Auflage.

Gross 8. 1905.

Gesetz und Verordnung.

Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage.

Gross 8. 1887.

Digitized by Google

Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung.

Von

Fritz Stier-Somlo

Universitäts-Professor in Bonn.

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Wer sich an ein grosses Problem des heutigen deutschen öffentlichen Rechts — wenn auch nur vorsichtig die Münze des allgemein Anerkannten auf ihren Metallgehalt prüfend — heranwagt, muss notwendigerweise und dankbar anknüpfen an Ideen des hochgefeierten Meisters, dem auch dieser Beitrag, bescheiden sich einer für ihn bestimmten Festschrift einfügend, als Huldigung dargebracht werden soll zum 50jährigen Doktor-Jubiläum und zur 70. Wiederkehr seines Geburtstages. In seinem Staatsrecht des Deutschen Reiches (II 165) hat LABAND den Gegensatz zwischen Verwaltung und Rechtsprechung scharf herausgestellt, insbesondere auch den materiellen [1]), der auf der objektiven Verschiedenheit der Geschäfte beruht, nicht nur den formellen, der sich mit der Zuständigkeitsgrenze zwischen Verwaltungsbehörden und Gerichten befasst. Auf diese letztere soll nicht zurückgegriffen werden [2]).

---

[1]) Eine Andeutung findet sich bei v. STENGEL, Lehrbuch d. deutschen Verwaltungsrechtes 1886 S. 6, wo die Berechtigung einer Gegenüberstellung von Verwaltung und Rechtsprechung damit begründet wird, dass für die Rechtsprechung (und für die Justizverwaltung) vielfach andere Regeln und Rücksichten massgebend sind, als für die Verwaltung der übrigen staatlichen Aufgaben, und dass d e s h a l b auch die Gerichte, welche ihre Entscheidungen n u r nach den Vorschriften des Rechts, ohne Rücksicht auf etwaige politische Erwägungen zu treffen haben, anders organisiert und unabhängiger gestellt sein müssen, als die sogenannten Verwaltungsbehörden.

[2]) Vgl. PRÁZAK, Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden im Arch. f. öff. R. Bd. IV S. 241 ff. und BORNHAK in Stengels Wörterbuch Bd. 2 S. 331 ff. Erg.Bd. 2 S. 188 ff. Auch in seinem Preuss. Verwaltungsrecht Bd. 2 S. 72 nimmt BORNHAK den Begriff der richterlichen Gewalt nur formell; er könne nur nach Art des Zustandekommens der betreffenden Staatsakte durch unabhängige Gerichte, nicht materiell nach seinem Inhalte umgrenzt werden. Ebenso v. RÖNNE-ZORN,

Digitized by Google

Nur für sie ist der Satz von JELLINEK[1]) unbedingt richtig, dass es ein durchschlagendes materielles Kennzeichen, das Justiz und Verwaltung scheidet, nicht gebe und nicht geben könne, daher sich auch alle Theoretiker mit dem Satze begnügten, dass ihr Gegensatz sich historisch herausgebildet habe und der Justiz das zugewiesen sei, was auf Grund der geschichtlichen Entwicklung als Justizsache gelte. Der Versuch von VIERHAUS[2]) »die Gesichtspunkte darzulegen, nach denen die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden sich im geltenden Rechte vollzieht und eine Beurteilung der Bedeutung, welche jene Scheidung heute in Anspruch nehmen darf«, hat zu einer Klärung der Frage nicht geführt. Wenn hier als Ergebnis gilt, dass die Abwägung zwischen dem individuellen und dem Gemeininteresse zwar nicht das entscheidende Merkmal bei der Beurteilung des Einzelfalles, wohl aber das leitende gesetzgebungspolitische Prinzip abgeben müsse für die Abgrenzung zwischen Gerichtsbarkeit und Verwaltungshoheit; überwiege jenes, hätten wir eine Justizsache, letzteres, eine Verwaltungssache (S. 241), so liegt hierin schon deshalb keine Lösung, weil der entscheidende Begriff des »öffentlichen Interesses« vom Verfasser ohne nähere Begrenzung gelassen wird. Er müsse »eindringenderen literarischen Untersuchungen überlassen bleiben« (S. 243). So wird die formelle Abgrenzung zwischen Justiz und Verwaltung, soweit sie sich mit der Frage der Behördenzuständigkeit deckt, nach Lage der Dinge nur positivrechtlicher Bestimmung vorzubehalten sein, mögen hierbei sowohl nach der Richtung, was positives Recht ist[3]), als

Staatsr. der Preuss. Monarchie II (1906) S. 301 Note 1, vgl. aber auch die dort Zitierten. Dass „der Gegensatz von Justiz und Verwaltung ursprünglich auf einen Gegensatz der Behörden und ihrer Stellung zum Landesherrn, nicht auf begriffliche Trennung zurückzuführen" ist (JELLINEK, Allg. Staatslehre 2. Aufl. S. 584), dass demnach die Erkenntnis des materiellen Gegensatzes erst ein Ergebnis der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts ist, sei hervorgehoben. Für die historische Entwicklung vgl. LÖNING, Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preussen, Verw.Arch. Bd. 2 S. 217 ff., 437 ff. und Bd. 3 S. 94 ff., 510 ff.

[1]) a. a. O. S. 585.

[2]) Gerichtsbarkeit und Verwaltungshoheit, Verw.Arch. Bd. 11 S. 225.

[3]) ERICH JUNG, „Positives" Recht, ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung 1907 S. 26 ff. Es entsteht für unseren Rechtszustand „das Problem der Existenz von geltendem Recht ausser dem in Gesetz und Ge-

Digitized by Google

auch nach der, wie positives Recht im Einzelfalle zu verstehen und auszulegen sei, grosse Schwierigkeiten entstehen. Ein lehrreiches Beispiel gewährt die grundlegende Vorschrift des § 13 GVG. Hier werden vor die ordentlichen Gerichte alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen verwiesen, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind. Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist hier vorausgesetzt, nicht definiert. Die Frage, ob im Einzelfall eine solche gegeben sei, w i e die Abgrenzung gegenüber Verwaltungstätigkeit und Verwaltungsgerichtstätigkeit erfolgt, ist nicht beantwortet, bleibt aber zunächst nur eine solche der Kompetenzordnung, sei es auf reichs-, sei es auf landesrechtlicher Grundlage [1]). Sie befasst sich also nicht mit dem materiellen Unterschied der justiziellen, genauer: rechtsprechenden von der verwaltenden Staatsfunktion, weil für diesen ausser acht bleiben muss, von welcher Art von Beamten nach geltendem Rechte diese Tätigkeiten jeweils geübt werden.

Unverkennbar ist jedoch die grosse Tragweite einer Klarstellung, welches das Charakteristikum der verwaltenden und welches das der rechtsprechenden Tätigkeit ist. Diese ist die ins Konkrete gewandte Ausübung der »richterlichen Gewalt«, die durch unabhängige, n u r dem G e s e t z unterworfene Gerichte erfolgen muss (§ 1 GVG.). Die verwaltende Tätigkeit kann zwar ausnahmsweise, als Justizverwaltung, Sache des Richters sein (§ 4 EG. z. GVG.), aber es kann die justizielle Tätigkeit nicht von andern als »unabhängigen, n u r dem G e s e t z e unterworfenen« Richtern geübt werden. Der § 1 GVG. spricht ein in den deutschen einzelstaatlichen Verfassungen (vergl. Preuss. Verf.-U. Art. 86) als Folge der Lehre von der Gewaltenteilung bereits viel früher geprägtes politisches und rechtliches Prinzip aus; er will, in Verbindung

wohnheit überlieferten" (S. 10). — Sollte man es nicht freies Ermessensrecht nennen dürfen?

[1]) Vgl. PRÁZAK a. a. O. S. 274; WACH, Handbuch des Zivilprozesses Bd. 1 S. 86, 93; HÄNEL, Staatsrecht Bd. 1 S. 733 ff.; GÖZ, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg 1902 S. 9 ff. handelt eingehend über den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, der bei der Unergiebigkeit des § 13 GVG. „der Wissenschaft überlassen" bleibe.

Digitized by Google

mit § 4 EG. z. GVG., auch einer Abgrenzung der Justiz gegenüber der Verwaltung dienen, vermag dies jedoch nur, indem er einen besonderen Grundcharakter der justiziellen sowohl, wie der Verwaltungstätigkeit voraussetzt. Wenn nämlich der Sinn jener Vorschrift ist, dass nur mit der richterlichen Unabhängigkeit bekleideten Personen die »justizielle Tätigkeit« anvertraut werden soll, so hat diese Unabhängigkeit nur im Gegensatz zu der Verwaltung, insbesondere ihren höchsten Funktionären[1]), einen Sinn. Und wenn den zu richterlichen Tätigkeiten bestellten Personen die Unterwerfung nur unter das Gesetz anbefohlen wird, so kann dies nur im Sinne eines Gegensatzes zur Verwaltung verstanden werden, deren Betätigung sich unter dem Einflusse noch anderer Faktoren, als dem des »Gesetzes« vollzieht. Würde nun das diese justizielle Tätigkeit beherrschende Prinzip dasselbe sein, wie dasjenige der Verwaltung, so würde die unterschiedliche Behandlung beider Tätigkeiten, der Ausschluss der Beeinflussbarkeit der richterlichen durch verwaltende Stellen jeden inneren Grundes entbehren. Sodann ist den Richtern die Unabhängigkrit nicht als privates, persönliches Privileg, sondern als öffentlichrechtliches, sachliches gewährleistet in dem Sinne, dass sie von jeder andern innerstaatlichen Macht unbehelligt, bestrittenes oder ungewisses Recht oder rechtliche Zustände und Interessen feststellen, unbefriedigtes durchsetzen, gestörtes sollen ahnden können. Damit ist, wenigstens im Geiste der einzelstaatlichen

[1]) Es kann hier wohl ausser Betracht bleiben, dass auch die höheren Gerichte keine Beeinflussung der unteren ausüben dürfen, soweit diese Regel nicht durch gesetzlich vorgesehene Ausnahmen, bei Rechtsmitteln, durchbrochen wird. So wenn das Reichsgericht unter Aufhebung des Berufungsurteils die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverweist. Das Oberlandesgericht ist dann in seiner Ueberzeugung nicht frei, sondern gebunden, die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen (§ 565 Abs. 2 ZPO.); ebenso ist, was allgemein angenommen wird, die erste Instanz in der freien Beurteilung beschränkt, wenn das Berufungsgericht die Sache zur anderweiten Verhandlung an sie zurückverwiesen hat (§§ 538, 539 ZPO.). Zu erwähnen sind dann noch die Plenarentscheidungen des Reichsgerichts (§ 137 GVG.); der die Rechtsauffassung der vereinigten Senate einholende Senat ist an jene bei seiner nunmehr erfolgenden Entscheidung des konkreten Prozesses gebunden. Vgl. auch §§ 369, 398 Abs. 1 StPO. mit ihren entsprechenden Vorschriften.

Digitized by Google

deutschen Verfassungen und des § 1 GVG., geboten, dass die justizielle Tätigkeit sich einem grossen letzten Zwecke dienstbar zu machen und unterzuordnen hat, der — nur soviel ist vorläufig hier als bedeutungsvoll festzulegen — für die verwaltende Tätigkeit, wenigstens grundsätzlich, keine Geltung besitzt. Die Art und Weise, das Wie der justiziellen Tätigkeit und das Endziel ihrer Wirksamkeit ist gegenüberzustellen der Art und Weise, dem Wie und dem Endziel der Verwaltungstätigkeit und all dies erscheint unter die Garantien der staatlichen Verfassungen und der Gerichtsverfassung gestellt. Es ist eine grundlegende Frage nicht nur worin, wie Laband sagt, »die objektive Verschiedenheit der Geschäfte« von Justiz und Verwaltung besteht, sondern, worin das von der Rechtsordnung vorausgesetzte Spezifikum bei der Durchführung dieser Geschäfte liegt. Würde ein solches fehlen, dann wäre es vorbei mit dem materiellen Unterschiede zwischen Justiz und Verwaltung, also mit der sachlichen Trennung beider; dann läge aber auch kein Grund vor zur Aufrechterhaltung eines formellen Gegensatzes, zu einer Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Richter und Verwaltungsbeamten nach andern als willkürlichen oder zufälligen, etwa allgemeinpolitischen opportunistischen Gesichtspunkten, oder nach bloss quantitativen Massstäben; dann hätte es keinen Sinn, die Richter mit einer besondern Unabhängigkeit zu bekleiden[1]) und den Verwaltungsbeamten eine solche zu versagen. Kurz, einer der wichtigsten Grundsätze unseres öffentlichen Rechtes, der durch das französische Edikt vom 16./24. August 1790 zuerst ausgesprochen, aber schon im 18. Jahrhundert von Preussen anerkannt war[2]), und durch die Stein-Hardenberg'sche Reform schärfer durchgeführt wurde[3]), würde für Deutschland als beseitigt gelten können.

[1]) Darüber, dass diese positivrechtlich geschützte Unabhängigkeit nicht nur im § 1 GVG., sondern auch sonst in den Bestimmungen über die rechtliche Stellung der Richter, in den Vorschriften über die Bildung der Abteilungen und Senate bei den Kollegialgerichten und über die Vertretung der Richter und Zuziehung von Hilfsrichtern zum Ausdruck kommt, vgl. Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes (1905) S. 629 f. S. aber auch § 839 BGB. §§ 334, 336 StGB.

[2]) Vgl. Cocceji's Ressort-Reglement vom 19. Juni 1749.

[3]) Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-Polizei-

Digitized by Google

So hat man denn auch versucht, die einerseits für die Justiz, anderseits für die Verwaltungstätigkeit massgebenden Grundsätze festzustellen. Bei der Nachprüfung dieser wird sich ergeben, dass sie heute nicht mehr als unbedingt richtunggebend anerkannt werden können. Es ist der Vorwurf dieser Studie, zu zeigen, dass der Angelpunkt der ganzen Lehre das freie Ermessen ist; dass die Erkenntnis von der Verschiedenheit der Arten sowie der letzten Funktion und Aufgaben des freien Ermessens bei der rechtsprechenden und bei der verwaltenden Tätigkeit eine neue Beleuchtung des Problems, das durch Einführung des BGB. und Vordringen der sog. »freien Rechtsschule« noch mehr verwickelt worden ist, ermöglicht; womit sich der Versuch verbinden muss, sowohl das freie Ermessen des Spruchrichters, als auch dasjenige innerhalb der Verwaltung und Verwaltungsgerichtbarkeit zu differenzieren. Hierbei wird die Bedeutung der Einsichten klar werden, die durch die hier unternommene Fragestellung für gewisse Aufgaben der Verwaltungsgerichte und für die Lehre von der Teilung der Gewalten gewonnen werden können.

Wie jedes zentrale Problem steht aber auch dasjenige vom freien Ermessen mit einer ganzen Reihe von letzten Fragen, die allezeit und insbesondere heute die gesamte Rechtswissenschaft bewegen, in enger innerer Verbindung. Zu diesen muss zwar — gleichzeitig den Gegenstand dieser Arbeit begrenzend — Stellung genommen werden. Dies kann jedoch hier nur in einer Ergebnisse anderer Studien des Verfassers feststellenden Art, für die demnach insoweit hier auf Begründung verzichten werden muss, erfolgen. Immerhin dürfte auch so die ganze Tragweite einer dem öffentlichen Rechte gestellten Aufgabe (die auf dem hier gewährten Raum nicht allseitig gelöst werden kann), in das Licht wissenschaftlichen Bewusstseins treten.

II.

Es ist herrschende Auffassung, dass es die Bestimmung

---

und Finanzbehörden vom 26. Dezember 1808, §§ 34—48. Generell erklärt JELLINEK a. a. O. S. 678 „Die Selbständigkeit der Justiz gegenüber der Verwaltung findet sich in den absoluten Staaten der neueren Zeit bereits mehr oder minder scharf ausgeprägt vor".

Digitized by Google

der Justiz im materiellen Sinne[1]) ist, mittelst des Rechtsspruches[2]) die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten, Recht und Gerechtigkeit durch strenge Bindung an Rechtssätze zu verwirklichen. »Der Rechtsprechung ist die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung Selbstzweck«[3]). Dagegen hat die Verwaltung Staatsaufgaben durchzuführen nach Zweckmässigkeit, Angemessenheit, Staatsnotwendigkeit, zwar nicht ausserhalb der Rechtsordnung, jedoch nur derart, dass diese lediglich »Mittel zum Zweck« wird[4]). Da die Frage,

[1]) Die Justiz in formellem Sinne scheidet hier überall aus. Man versteht darunter bekanntlich die Tätigkeit der ordentlichen Gerichte schlechthin. „Diese Tätigkeit umfasst einerseits nicht die gésamte Rechtspflege, anderseits sind in derselben Funktionen enthalten, welche nicht unter den Begriff der Rechtspflege fallen." MEYER-ANSCHÜTZ S. 618. In den Rahmen der Justiz in materiellem Sinne gehört nicht die freiwillige Gerichtsbarkeit. Für diese gilt auch nach dem Inkrafttreten des Reichsges. über die freiw. Gerichtsbarkeit Landesrecht. Der § 1 GVG. bezieht sich nur auf die ordentliche Gerichtsbarkeit.

[2]) Nicht durch jeden Justizakt; dieser kann auch erlassen werden auf dem Gebiete des Vormund-, Pflegschafts-, Grundbuch-, Handels-, Vereins-, Genossenschaftsregisterwesens; vgl. auch die vorhergehende Anmerkung.

[3]) v. SARWEY, Allgemeines Verwaltungsrecht 1887 S. 13; ARNDTS-GRUEBER, Juristische Enzyklopädie und Methodologie, 10. Aufl. (1901) S. 33: „Unter den Zwecken des Staates steht unstreitig die Aufrechterhaltung der rechtlichen Ordnung obenan. Die Staatsgewalt heisst in dieser Richtung Justizgewalt, die darauf gerichtete Regierungstätigkeit ist die Justiz- oder Rechtspflege"; GAREIS, Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. (1900) S. 156: Die Justiz- oder Rechtspflege „dient unmittelbar dem Interesse des herrschenden Gemeinwesens an der Durchführung der bestehenden Rechtsordnung"; GEORG MEYER-ANSCHÜTZ a. a. O. S. 618 und 26: „Die Rechtspflege (Justiz) ist die auf die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung gerichtete Tätigkeit." An letzterer Stelle Anm. 3 richtig gegen HÄNEL, Gesetz in formellem und materiellem Sinne S. 186, dass „für Verwaltung und Rechtspflege nicht bloss eine eigentümlich charakterisierte Behördenorganisation besteht, sondern auch verschiedene materielle Grundsätze gelten." Auf diese kommt es uns an. Siehe oben zu I.

[4]) v. SARWEY a. a. O.; v. BÄHR, Rechtsstaat 1864 S. 52: „Richterliche Gewalt und Regierungsgewalt sind beide dem Gesetz untertan, aber in ganz verschiedenem Sinne. Die Gerichte haben Recht und Gesetz zu realisieren. Die Regierungsgewalt hat innerhalb solcher zu walten. Für die Gerichte bilden Recht und Gesetz das positive, innere, ausschliessliche Prinzip ihrer Tätigkeit. Für die Regierungsgewalt bilden Recht und Gesetz nur die äussere Schranke einer mehr oder weniger freien Tätigkeit, welche ihr positives Prinzip in etwas ganz anderem, in den ihrer Obsorge anheimgestellten Interessen, man kann sagen dem Gemeinwohl, findet. In

Digitized by Google

was Zweckmässigkeit ist, einer alle denkbaren Fälle umfassenden rechtlichen Regelung spottet, so muss dort, wo objektives, ohne weiteres erkennbares Recht nicht die ausschliessliche Voraussetzung der Tätigkeit, nicht die Norm der Funktion ist, ein mehr oder minder freies Ermessen Platz greifen[1]).

---

dem Richterspruch reproduziert sich gewissermassen das Gesetz selbst in verjüngtem Masse. In der Tätigkeit der Verwaltung produziert sich das freie menschliche Dasein des Staates": H. SCHULZE, Das preuss. Staatsrecht 2. Aufl. 1. Bd. (1888) S. 134 f. eignet sich den bekannten Satz von STAHL an, „dass für den Rechtspruch das Gesetz Zweck, für die Verwaltung Schranke sei". Die Verwaltung ist „die Leitung der öffentlichen Tätigkeit für das Gemeinwohl, ihr Prinzip ist Zweckmässigkeit . . . Das Wesen der Verwaltung liegt nicht im Vollziehen von Gesetzen, sondern in der Macht, im einzelnen Falle das Gemeinnützige anzuordnen. . . Die Verwaltung wird durch Gesetze nicht positiv bestimmt, sondern nur negativ begrenzt"; GÖZ a. a. O. S. 2: „An die Rechtsordnung ist auch die Verwaltung gebunden, die Rechtsordnung bildet im modernen Staate nicht den Zweck, wohl aber die feste Grundlage, den sichern Boden und zugleich die Grenze der Verwaltung, kann daher von einer selbstbewussten Verwaltung als eine mehr oder minder lästige Schranke empfunden werden."

[1]) Vgl. die vorhergehende Anm. — JELLINEK, der über Wesen der Verwaltung und der Verwaltungsakte im bisher schmerzlich vermissten 2. Bd. seiner Allg. Staatslehre handeln will, erklärt die Rechtsprechung als rechtverwirklichende Tätigkeit, dagegen löse die Verwaltung „konkrete Aufgaben gemäss den Rechtsnormen oder innerhalb deren Schranken durch Mittel, die nähere Untersuchung als ein reich gegliedertes System erkennen lehrt" (S. 595). Ebenso ANSCHÜTZ in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. II S. 475: „Die Verwaltung ist eine freie, namentlich in Bezug auf die Fassung ihrer Entschlüsse freie, handelnde Staatstätigkeit zur Erreichung der Staatszwecke nach Massgabe und innerhalb der Schranken des Gesetzes"; vgl. auch S. 610, wo die den Nagel auf den Kopf treffende Stelle von ERNSTHAUSEN (Erinnerungen eines preussischen Beamten) zitiert wird: „In der Justiz ist die Findung des Urteils der einzige Zweck, es soll Recht gesprochen werden, einerlei, was daraus entstehen mag. In der Verwaltung dagegen handelt es sich darum, nützliches zu schaffen und schädliches fernzuhalten, beides, ohne das Recht zu verletzen." Hier klingen vernehmlich zwei alte Sätze an: Fiat justitia, pereat mundus, und: Summum ius, summa iniuria. — v. MEIER in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie II S. 729 lehrt: „Je nachdem die Handlungen der Vollziehungsgewalt entweder Anwendungen abstrakter Normen auf einzelne Fälle, oder, frei von solchen Normen, unabhängige Entschliessungen sind, sondert sich die gesamte Exekutive in Rechtsprechung und Verwaltung im engeren Sinne." HÜBLER, Die Organisation der Verwaltung (1898) S. 10/11 stellt fest: „Das leitende Prinzip der eigentlichen Verwaltung heisst nicht Recht und Gerechtigkeit, sondern Notwendigkeit und Zweckmässigkeit. Der Verwaltungsbeamte handelt in

Digitized by Google

Die herrschende Lehre hat nun LABAND wesentlich vertieft. Ihm löst sich der materielle Unterschied zwischen richterlicher und administrativer Gewalt auf in dem Gegensatz der »rechtlichen Entscheidung« und des »Verwaltungsaktes«. Jene hält er für gebunden in dem logischen Sinne, dass ein Rechtssatz als Obersatz auf einen Tatbestand als Untersatz angewendet wird, während das Wesen des »Verwaltungsaktes« rechtliche Freiheit der Entschliessung ist. Bei der »rechtlichen Entscheidung« fehle diese Freiheit in der Richtung, ob die logische Schlussfolgerung eintreten soll, oder nicht, sie ergebe sich von selbst mit innerer Notwendigkeit. Dagegen können die Motive der Verwaltungshandlungen auch ausserhalb der Rechtsordnung liegen. »Die Art und Weise, wie der angestrebte Erfolg zu verwirklichen ist, steht, innerhalb der rechtlichen Schranken und tatsächlichen Machtmittel, im freien Willen der Verwaltung«. Bedeutet dies aber etwas anderes, so muss man einwenden, als dass die justizielle Tätigkeit streng an Recht und Gesetz gebunden ist, die verwaltende — vorsichtig gesprochen — minder streng? »Der Verwaltungsakt ist«, sagt LABAND weiter, »die Herbeiführung eines gewollten Erfolges. Rechtssätze können hierbei nicht bloss die Schranken der Handlungsfreiheit, sondern auch positiv die Veranlassung des Handelns bilden; der Verwaltungsakt kann darauf gerichtet sein, eine gesetzliche Anordnung zu realisieren; aber er verhält sich auch in diesem Falle nicht wie ein Schluss zu seinen Prämissen, sondern wie eine Handlung zu ihren Motiven«. Was die Besonderheit der LABANDschen Gedanken neben einer klar hervortretenden Umbiegung der Lehre von STAHL, BÄHR, SCHULZE usw. ausmacht, ist, dass er für die »rechtliche Entscheidung« nicht nur ein Gericht, sondern auch eine Verwaltungsbehörde berufen glaubt, und umgekehrt zahlreiche Verwaltungsakte auch auf dem Gebiete der Zivil- und Strafrechtspflege findet. Allein beides ist irrtümlich. Wenn das Wesen der »rechtlichen Entscheidung« die strenge Gebundenheit an das Gesetz ist — und hiervon geht ja LABAND aus — so kann, wie ich dartun möchte,

erster Linie nach Zweckmässigkeits-Erwägungen." GÖZ a. a. O. S. 3 geht noch weiter: „Der Verwaltung ist eine gewisse Willkür eigentümlich, die Freiheit des durch den erstrebten Erfolg aus Gründen der Zweckmässigkeit geleiteten Ermessens."

Digitized by Google

niemals ein Verwaltungsbeamter in demselben Masse und in derselben Art wie der Richter hierzu verpflichtet sein. Nur für die Richter gilt der im § 1 GVG. ausgesprochene Rechtssatz von der Unterwerfung lediglich unter das Gesetz. Der Verwaltungsbeamte dagegen bleibt, wie noch zu zeigen sein wird, in allen seinen Handlungen dem der Verwaltungstätigkeit immanenten Grundsatze von der Freiheit der Entschliessung im Staatsinteresse innerhalb der — oft recht weit gezogen — »rechtlichen Schranken und tatsächlichen Machtmittel« unterstellt. Umgekehrt ist der Richter auch dann gesetzlich gebunden, wenn er eine von LABAND als Verwaltungshandlung charakterisierte Tätigkeit vollbringt, eben weil er Richter ist. Ueberdies findet hier eine Verwechselung mit dem Justizakte statt. (Vgl. oben S. 451 Anm. 1 und 2.) Nicht »rechtliche Entscheidung« und »Verwaltungsakt« ist daher zu unterscheiden, sondern richterliche Spruchtätigkeit und Verwaltungstätigkeit, wenn der materielle Unterschied des in den Ausdrücken Justiz und Verwaltung enthaltenen Gegensatzes der Staatsfunktionen zum Ausdruck kommen soll.

Wie aber verhält sich zu der Gebundenheit der »rechtlichen Entscheidung« LABANDS der Einschlag des freien Ermessens, dessen Anwendung dem »rechtlich freien« Verwaltungsakte allerdings wesensnotwendig ist? »Dem zur Abgabe der Entscheidung Berufenen mag es obliegen, den Tatbestand zu ermitteln, und es kann ihm bei der Feststellung desselben ein weiter Spielraum gelassen sein, aber immerhin hängt die Gestaltung desselben nicht von seinem Willen ab, sondern er hat ihn so zu grunde zu legen, wie er sich ihm darstellt, wie er sich in seinem Geiste als vorhanden spiegelt. Ebenso kann das objektive Recht (der logische Obersatz) dem Richter eine weitreichende diskretionäre Gewalt einräumen, ihm die Berücksichtigung der Billigkeit vorschreiben, ihm einen arbiträren Spruch übertragen. Trotzdem hat der Richter nicht seinen Willen, sondern denjenigen des objektiven Rechtes zur Geltung zu bringen. . . Der Richter kann nicht, wenn er pflichtgemäss verfährt, denselben Fall nach seinem Belieben verschieden entscheiden, d. h. an die Stelle einer logischen Operation, die durch einen gegebenen Obersatz und Untersatz und die allgemeinen in der menschlichen Natur

Digitized by Google

begründeten Denkgesetze beherrscht wird, seinen freien Willen setzen«.

Es steigen hier Zweifelsfragen auf. Wenn der Tatbestand der Entscheidung so zu grunde zu legen ist, »wie er sich (dem eine rechtliche Entscheidung Fällenden) darstellt«, so ist das subjektive Wahrnehmungs- und Beurteilungsvermögen damit wieder als für die Gedankentätigkeit bestimmend einbezogen. Die Findung ferner des massgebenden Rechtssatzes kann, worauf noch zurückzukommen ist, zu den schwierigsten Aufgaben der rechtsprechenden Tätigkeit gehören; dass hier ohne weitgehendes subjektives Ermessen nicht auszukommen ist, dürfte ohne weiteres klar sein. Dasselbe trifft zu auf die logische Operation der Folgerung, da es sich hier gewiss nicht um die Anwendung einer mittelalterlichen, scholastischen, rein formalen Logik handeln kann.

Eine besondere Stellung nimmt Jellinek ein. Er betont, wie Laband, dass sich der materielle (objektive) Gegensatz von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung keineswegs deckt mit dem formellen (subjektiven) der Tätigkeit der gesetzgebenden, verwaltenden und Justizorgane. Wenn er feststellt, dass auf Grund der Erkenntnis des Unterschiedes der materiellen Funktionen auch eine fortschreitende Aufteilung an die entsprechenden Organe gefordert und in steigendem Masse durchgeführt worden ist, so hatte er an dieser Stelle (a. a. O. S. 599) hinsichtlich des Verhältnisses von Verwaltung und Rechtsprechung allerdings nur erklärt, dass die Auseinandersetzung zwischen ihnen in stetem Fortschreiten begriffen sei. Worauf sich hier Jellinek stützt, vermag ich nicht zu erkennen, finde im Gegenteil, dass die jüngste Entwicklung in Deutschland seit Einführung des BGB. und seit der »freien Rechtsschule« einer Vermischung der materiellen Funktionen günstig ist, wovor ich gerade warnen möchte (siehe unten zu VI), und zwar eben deshalb, »weil erst die Erkenntnis des Inhalts der materiellen Funktionen den Weg weist für das, was den formellen Funktionen .... zuzuweisen ist«. Um zu wissen, wieweit sich die Zuständigkeit des Richters erstreckt, muss man erst feststellen, was richterliche, oder genauer, rechtsprechende Tätigkeit ihrem Inhalte nach sei — wie ich in Abwandlung des Satzes von Jellinek über die Zuständigkeit des Gesetzgebers (a. a. O.) festhalten muss. Zu-

Digitized by Google

treffend ist deshalb sein Satz: »Die Gesetzgeber, Verwalter, Richter empfangen ihre Zuständigkeit durch staatliche Zuteilung. Einer der leitenden Gedanken in Austeilung seiner Kompetenzen ist aber für den Staat der, dass das objektiv Verschiedene es auch subjektiv sein solle«. Danach muss es doch das erste sein, die richterliche, wie die verwaltende Tätigkeit ihrer materiellen Eigenart nach zu kennzeichnen.

Zur Lehre vom freien Ermessen gehört es, wenn JELLINEK hier bei jeder Staatsfunktion freie und gebundene Tätigkeit unterscheidet. Jene sei die durch das Gemeininteresse, aber durch keine spezielle Regel bestimmte Tätigkeit; die gebundene sei die in Erfüllung einer Rechtspflicht erfolgende (S. 601). Die freie Tätigkeit auf dem Gebiete der Verwaltung nennt er Regierung, die sich auf die Initiative und Anordnung bezieht, gegenüber der Vollziehung, die die Ausführung des Angeordneten enthält. Die Verwaltung im materiellen Sinne enthalte beide Elemente. Auch soweit das Gebiet der Verwaltung vom Gesetz bestimmt ist, sei neben dem rechtlich gebundenen ein Element freier Tätigkeit vorhanden, das nur von der allgemeinen Norm pflichtmässigen Handelns, das den Staatsorganen obliegt, nicht von irgendwelchen spezialisierten Rechtssätzen beherrscht ist. Verwaltung sei niemals blosse Vollziehung, maschinenmässige Anwendung allgemeiner Regeln auf einen einzelnen Fall; sie besitzt einen Raum freien Ermessens, der von Rechtsregeln begrenzt, aber nicht inhaltlich bestimmt ist. Findet man in dieser Ausführung einen Anklang an die herrschende Meinung, so geht doch darüber hinaus, was JELLINEK behauptet, dass ein dem modernen Richter zugewiesener gesetzlich umschriebener Kreis des freien Ermessens dem bei der Verwaltung beobachteten gleichartig sei (S. 604). Hierauf, weil m. E. nicht zutreffend, wird zurückzukommen sein. Auch dem Satze, dass die Verwaltung niemals blosse Vollziehung sei, kann nicht zugestimmt werden. (Vgl. unten zu VI).

Bei alledem ist aber, falls sowohl Rechtsprechung als Verwaltung freie und gebundene Tätigkeit aufweisen, die Frage noch nicht gelöst, worin sich die rechtliche Gebundenheit auf dem Gebiete der Verwaltung von der rechtlichen Gebundenheit auf dem Gebiete der Rechtspflege unterscheidet und weiterhin, ob und wie das der Verwaltung eigene freie Ermessen

Digitized by Google

sich abhebt von demjenigen des rechtsprechenden Staatsfunktionärs. Ausserdem und nicht zuletzt enthält die herrschende Theorie eine vollständige Bankerotterklärung derjenigen Forschung, die auf eine Aufdeckung der materiellen Unterscheidungsmerkmale von Justiz und Verwaltung ausgeht. Wenn der Verwalter in derselben Art gebunden sein soll, wie der Rechtspruchrichter, und wenn umgekehrt dieser ein freies Ermessen in derselben Art betätigen kann, wie der freischaffende Verwaltungsbeamte, so fehlt es an jeder sachlichen Differenz. Wem dies, und damit der Mangel eines materiellen Grundes der Trennung von Justiz und Verwaltung, ein erwünschtes oder wenigstens unentrinnbares Ergebnis ist, der wird von der Mühe weiterer Nachprüfung Abstand nehmen können. Wem eine solche Lösung jedoch ein Rückschritt in die Zeit vor dem französischen Dekret vom 16./24. August 1790 und in die Zeit vor Cocceji dünkt, mag den weiteren Weg zur Auflösung des Problems, bei dessen Kern wir nunmehr angelangt sind, nicht scheuen.

III.

Wir sehen hier schon die Umrisse einer neuen Erkenntnis. Die herrschende, hier nur grobkörnig festzustellende Meinung (vgl. Anm. 3 u. 4 S. 451f.), dass für die Justiz die Verwirklichung von Recht und Gerechtigkeit als Selbstzweck gilt, für die Verwaltung die Zweckmässigkeit das Lebenselement ist, erscheint bereits in einigem abgeschwächt durch die Erfahrung, dass die der Rechtsprechung eigentümliche Rechtsgebundenheit auch bei der Verwaltungstätigkeit sich findet, und dass das dem Verwalter eigentümliche freie Ermessen scheinbar ähnlich oder gleichartig auch dem Rechtspruchrichter zu eigen ist. Dies ist genauer zu verfolgen, weil Rechtsgebundenheit und freies Ermessen ebenso gegensätzlich zu sein scheinen, wie Verwirklichung der Staatsaufgaben nach Zweckmässigkeit und gleichzeitig nach Rechtsgebundenheit. Zunächst ist das Vorhandensein des freien Ermessens und die Art seiner Funktion in der Straf- und Zivilrechtspflege festzustellen.

Dass die Rechtsprechung ein freies Ermessen hat, ist, soweit es sich um die Strafgerichtsbarkeit handelt, immer anerkannt worden[1]). Dies nicht bloss mit Rücksicht

[1]) Das römische Recht hat ex sententia legis zu strafen gestattet, und

Digitized by Google

auf die erhebliche Freiheit, die in bezug auf das Mass der Beweiserhebung und hinsichtlich der freien Würdigung der Beweisaufnahme waltet; es ist vornehmlich an die Milderungs- und an die Strafausschliessungsgründe, sowie an die vom Gesetz gewährte Verschiedenheit des Strafmasses zu denken. Zunächst wird, späteren Ergebnissen dieser Abhandlung nicht präjudizierend, anzunehmen sein, dass auch dieses freie Ermessen insbesondere bei der Strafzumessung, lediglich unter dem Gesichtspunkte der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung und innerhalb deren Schranken zu erfolgen, und dass es nur dem Ideal der gerechten Rechtsprechung (auch deren Wesen ist noch festzustellen) zu dienen hat. Darin liegt, dass die Grenze des strafrichterlichen Ermessens durch den richtig verstandenen positiven Rechtssatz und nicht durch eine ausserhalb desselben liegende Zweckbestimmung, ferner nicht durch eine über den zu entscheidenden Fall hinausgehende allgemeine oder spezielle Rücksicht auf wirkliche oder vermeintliche Staatsinteressen zu bestimmen ist. Nur bei den Delikten gegen den Staat, z. B. §§ 80 ff. StGB., besteht hier scheinbar eine Ausnahme; scheinbar, weil über die durch die positive Rechtsvorschrift umgrenzte Zweckbestimmung auch hier nicht hinausgegangen wird, mag auch jene Zweckbestimmung bis an die vitalsten Interessen, bis an den Kernpunkt des Staatslebens heranreichen. Von solchen Fällen abgesehen, ist die politische, den Staat sehr erheblich angehende Tragweite einer strafbaren Handlung, die objektiv sich herausstellende, die öffentlichen Interessen stark tangierende Bedeutung der näheren oder ferneren Wirkung einer kriminellen Tat, bei der Strafzumessung — vorausgesetzt, dass jene Tragweite und jene Bedeutung dem Täter subjektiv als Vorsatz nicht zugerechnet werden kann, — nicht zu berücksichtigen, erweitert demnach das freie Ermessen nicht. Ebenso muss in der konkreten Strafrechtsnorm selbst schon

das war auch der Standpunkt des gemeinen Rechts in Deutschland und des französischen bis zum Ende des 18. Jahrhunderts. v. BAR, Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. 1 (1906) S. 9, 10. — Ueber MONTESQUIEU, über das österreichische Strafgesetzbuch Josefs II. und über die Bestimmung der französischen Verfassung von 1791 (. . . nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée) geht der Weg hinweg bis zu der Bestimmung unseres § 2 Abs. 1 StGB.

Digitized by Google

— und aus ihr ersichtlich und juristisch greifbar — dasjenige Mass von Schutz, das die Rechtsordnung objektiv, wie gerade die gesetzliche Strafandrohung dartut, nicht entbehren zu können annimmt, enthalten sein, sodass die auf Grund dieser bestimmten Rechtsnorm erfolgende Rechtsprechung freies Ermessen insoweit nicht betätigen darf, als es sich um ausserhalb der Norm liegende Schutzfunktionen handelt. Winkt dem Uebertreter des staatlichen Verbotes oder Gebotes, nachdem er die auch an ihn gerichtete Strafandrohung unbeachtet gelassen hat, die Strafe, so entspricht dem ein Recht des Täters, dieser, das Gebot oder Verbot nebst Strafandrohung enthaltenden Norm gemäss abgeurteilt zu werden. Das ist aber der Anspruch auf gerechte Entscheidung. Durchschlagend ist der individualistische Gesichtspunkt insofern, als die gerechte, normgemässe Abwägung der Straftat des einzelnen Rechtsbrechers auch die Grenzen des freien richterlichen Ermessens absteckt. Der kollektivistische, die Gemeinschaft betreffende, allgemeine Gesichtspunkt — der Vorteil des Staates, die in seinem Sinne genommene Nützlichkeit, Zweckmässigkeit — zeigt sich nur darin, dass gerecht judiziert wird. Demnach steht dieser ausserhalb der Gerechtigkeit liegende Zweck der Strafrechtspflege in zweiter Reihe, er ist keiner, der den Rechtspruchrichter direkt zu beherrschen hat. Ihm hat nur die Verwirklichung der Gerechtigkeit im Einzelfalle Leitmotiv zu sein. Erst die Summe aller strafrechtlichen judiziellen Handlungen, die Strafrechtspflege in ihrer Gesamterscheinung, ist unmittelbare staatliche Notwendigkeit; aber nicht nur die judizielle Tätigkeit als solche, sondern, dass überall gerecht entschieden wird, also normgemäss und gerade unter richtiger Verwendung des freien Ermessens. Die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung auch mittelst des Strafurteils ist: Staatszweck; die Verwirklichung des geltenden Rechts, insofern des Gerechten: Justizzweck.

Der hier mehrfach verwendete Begriff der Gerechtigkeit steht bekanntlich in der Strafrechtswissenschaft als ein seinem Inhalte nach höchst bestrittener Faktor da. Man muss jedoch unterscheiden. Die Frage, ob in der angemessenen Vergeltung die Gerechtigkeit liegt, wie die klassische Strafrechtsschule meint, oder ob die staatliche Notwendigkeit das

Digitized by Google

Mass der Gerechtigkeit ist[1]), ist zunächst nur ein legislatorisches Problem[2]). Der Standpunkt der Rechtsetzung, des Strafrechtsnormen schaffenden Staates scheidet aber hier aus. Denn nicht den Aufgaben und Motiven des Strafgesetzgebers, sondern den massgeblichen Grundsätzen für den Spruchrichter wird hier nachgeforscht. Uns handelt es sich nicht um die Frage, welcher Gesetzgeber, sondern welcher Richter gerecht ist, und welche Funktion bei seiner Tätigkeit dem ihm eingeräumten freien Ermessen zufällt. Ich behaupte, dass diese Frage mit dem Kampfe der Strafrechtsschulen nichts

[1]) HEIMBERGER, Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht, 1903 S. 30 ff.: „Nicht ein von Anfang an vorhandenes Rechtsgefühl, nicht ein in die Seele des Menschen geschriebenes Ideal der Gerechtigkeit ist es, welches die Rechtssätze diktiert, sondern die Notwendigkeit bestimmt, was jedem als das Seine zugeteilt werden muss, wenn ein geordnetes Zusammenleben der Menschen möglich sein soll. So ist die Notwendigkeit die Mutter der Gerechtigkeit . . . Notwendigkeit der Strafe und Gerechtigkeit der Strafe decken sich. Die notwendige Strafe ist gerecht." Und vorher: „Die irdische Vergeltung zerfliesst uns in den Begriff der Rache und der Rache kommt eine Rolle in der staatlichen Strafrechtspflege nicht zu. Gerechte Vergeltung aber können wir mit menschlichen Hilfsmitteln überhaupt nicht üben: der wahre Ausgleich zwischen Verbrechen und Strafe ist unserem blöden Menschenauge verborgen." GUSTAV RÜMELIN hat schon in einer 1880 gehaltenen Rede „Ueber die Idee der Gerechtigkeit" (jetzt „Kanzlerreden" 1907 S. 270) ausgeführt: „Wenn Gerechtigkeit so viel heissen soll, als eine das Strafübel der sittlichen Verschuldung gleichstellende Vergeltung, so muss sich das Strafrecht mit ihr nach allen Richtungen in Widerspruch stellen. Der Staat straft überhaupt nicht, um Vergeltung zu üben, sondern um seiner Selbstbehauptung, um der Verwirklichung des Rechtes willen, um seine Gebote von blossen Anrufungen des guten Willens zu unterscheiden, um diejenige Art von Zwang zu üben, die gegenüber von Handlungen, die sich nicht durch Prävention hindern lassen, allein möglich ist, kurz um den Stand der Gesellschaft zu verhüten, der eintreten müsste, wenn es keine Strafe gäbe." Siehe auch ADOLF MERKEL, Gesammelte Abhandlungen 2. Teil 1. Hälfte (1899) S. 12 ff. hinsichtlich der Beziehung der Vergeltung auf die Interessen und Bedürfnisse der Gesellschaft.

[2]) Ein eigenartiges freies Ermessen bieten die von BINDING sog. Blankettstrafgesetze dar. Aber auch hierbei stellt in Deutschland niemals der Richter, sondern irgend ein anderer Faktor der Staatsgewalt: Kaiser, Bundesrat, Justizverwaltung, Landesgesetzgebung oder Polizei fest, was geboten oder verboten sein soll. Zum Beispiele sei verwiesen auf die §§ 145, 327, 328, 361, 366, 367, 368 StGB., ferner Nahrungsmittelgesetz von 1897 §§ 6, 7. Auch das Reichsseuchengesetz vom 30. Juni 1900 kommt in Frage. „Der Richter hat zwar die Zuständigkeit der anordnenden Behörde, sowie die Zulässigkeit der Massregel, nicht aber deren Zweckmässigkeit zu prüfen." FRANK, Komm. z. StGB. 1908 zu § 327.

Digitized by Google

gemein hat. Auf den ersten Blick ist dies aber nicht ganz unzweifelhaft.

Man könnte davon ausgehen, dass der Richter bei seinem wohlverstandenen hohen Berufe — gegenüber ungenügenden, das Rechtsgefühl verletzenden Gesetzen oder in Anbetracht neuer, vom Gesetz noch nicht erfasster Lebenserscheinungen — eine dem Gesetzgeber analoge Aufgabe hat. Hier läge es dann nahe, die dem Gesetzgeber imputierte Gerechtigkeit (je nach der Stellung der Strafrechtsschulen) auswirken und konkretisieren zu lassen. Allein nirgends ist es leichter, als auf dem strafrechtlichen Gebiete, die von manchen behauptete rechtschöpferische, der gesetzgebenden Tätigkeit materiell entsprechende Funktion des Richters als dem Geiste und den ausdrücklichen Vorschriften der deutschen Strafgesetzgebung widersprechend darzutun. Es braucht nur auf den Grundsatz des § 2 StGB., dass eine Handlung nur dann mit einer Strafe belegt werden kann, wenn diese gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde[1]), auf das Verbot der Analogie[2]), den Ausschluss des Gewohnheitsrechts[3]), verwiesen zu werden. Gerade auf strafrechtlichem Gebiete ist ein unbedingtes Erfordernis, dass dem Untertanen die Grenzen des rechtlich Erlaubten von dem Unerlaubten genau gezogen und jede Rechtsunsicherheit in der Richtung, ob etwas strafbar sei, ob nicht, ausgeschlossen werden. Die Rechtsgebundenheit des Strafrichters zeigt gut das bekannte Beispiel in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 26. Oktober 1896, Bd. XXIX S. 111 ff. Ein Mann, der aus fremdem Leitungsdraht sich Elektrizität abgeleitet hatte, wurde freigesprochen, weil diese als keine »bewegliche Sache« im Sinne des § 242 StGB. erachtet wurde. Dies war eine unbedingt richtige Entscheidung, und die Verletzung des Rechtsgefühls,

[1]) Vgl. v. Bar a. a. O., der gegen § 2 Abs. 1 StGB. den möglichen Einwand erhebt, dass die Schranke des unverkennbaren auch mit dem Wortlaut harmonierenden Sinnes des Gesetzes strafwürdige Taten mitunter selbst zur Ueberraschung der öffentlichen Meinung vor der Strafe schützt; allein die menschliche Gerechtigkeit ist keine vollkommene, und eine einfache Betrachtung zeigt, dass der Staat aus mannigfachen Gründen auf die Bestrafung vieler moralwidriger (oder antisozialer) Handlungen verzichten muss.

[2]) v. Bar a. a. O. S. 15.

[3]) Daselbst S. 12.

Digitized by Google

die sich angesichts der Lücke des StGB. ergab, fand ihre Beruhigung durch das Gesetz vom 9. April 1900, welches die Entziehung elektrischer Arbeit bestraft. Dagegen liegt ein verunglückter Fall »freier Rechtsproduktion« des Richters vor bei dem Begriff des dolus eventualis, der, an sich ein dem Leben entnommener und für den Juristen unentbehrlicher Begriff, vom Reichsgericht (jedenfalls früher!) »gezerrt wurde, bis er der blossen Fahrlässigkeit zum Verwechseln ähnlich wurde« [1]). Doch reicht dies schon in das zweifelhafte Gebiet der Gesetzesinterpretation hinein, wie denn auch der Begriff der Fahrlässigkeit im Strafrecht ein typisches Beispiel dafür ist, wie haarscharf die Grenze zwischen dem freien Ermessen und der angeblich ganz freien rechtschöpferischen Tätigkeit des Richters ist [2]).

Man könnte aber auch, von dem Strafgesetzgeber ablenkend, anführen, dass die einmal gegebene begrifflich zweifellose Strafrechtsnorm von dem Richter nur dann gerecht angewendet wird, wenn er eine angemessene Vergeltung innerhalb des Strafrahmens eintreten lässt, während die Gegenseite die Grenzen des Strafmasses lediglich durch die Rücksicht auf staatliche Notwendigkeiten bei der Rechtsanwendung durch den Richter gezogen wissen will [3]). In beiden Fällen würde es aber auf eine Frage des freien Ermessens herauskommen, nur dass die bestimmenden Motive für dieses letztere verschieden sind [4]). Hier greift nun ein, was oben S. 458 f. über die Beschränkung des strafrichterlichen Ermessens, insbesondere die Nichtbeachtung der im Strafrechtssatz nicht enthaltenen Zweckmässigkeitsmomente, »Berücksichtigung wirklicher oder vermeintlicher Staatsinteressen«, gesagt ist. Würde man insbesondere geneigt sein, den der modernen Strafrechtsschule anhängenden Richtern eine besondere, vom

[1]) Stein, Die Kunst der Rechtsprechung 1900 S. 26, 27.

[2]) Ueber die wichtigste Literatur sei nur auf Frank, Komm. z. StGB. 1908 zu § 59 und auf die reichen Forschungen von v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. 2 (1907) S. 435 ff. 443 ff. verwiesen.

[3]) Genau dieselbe Möglichkeit liegt vor hinsichtlich der Fragen der Strafmilderung, Strafausschliessung und Beweiswürdigung.

[4]) Ueber de lege ferenda anzuwendende „Methoden der Strafzumessung", die sowohl eine Ausdehnung des richterlichen Ermessens, wie, für andere Fälle, eine Einschränkung desselben ins Auge fassen, vgl. Klee D. Jur.Ztg. 1907 S. 267.

Digitized by Google

Gesetz an sich nicht geforderte Rücksicht auf die Staatsnotwendigkeit nachzusagen, so wird man doch berücksichtigen müssen, dass jene Schule auch das individualistische Moment (s. oben S. 459) bewertet, wenn sie der Strafe auch die Funktion einer Erziehung gegenüber verbrecherischen (antisozialen) Neigungen zuweist.

War demnach das Eingehen auf den Begriff der Gerechtigkeit im Sinne der kämpfenden Rechtschulen nicht zu vermeiden, so ist er freilich als der für die Abgrenzung des freien Ermessens des Richters unentbehrliche noch nicht festgestellt worden. Die Frage, was Gerechtigkeit ist, und was freies Ermessen für den Spruchrichter bedeutet, steht noch offen. Beides, im Bisherigen schon vorbereitet, soll beantwortet werden nach der jetzt gebotenen Betrachtung des freien Ermessens in der Zivilgerichtbarkeit und bei der Tätigkeit des Verwaltungsbeamten.

IV.

Dass auf dem Gebiete der Zivilrechtspflege ein freies Ermessen herrscht, ist noch nicht seit langem in das Bewusstsein der Juristen getreten, wenn jenes auch allzeit bestanden haben mag. Die grössere oder geringere Bindung des in bürgerlichen Streitigkeiten rechtsprechenden Richters an das Gesetz ist Wandlungen je nach der Auffassung über den Beruf des Richters, insbesondere in der Richtung, wie weit er den Gesetzgeber zu ergänzen oder zu ersetzen habe, unterworfen, aber auch abhängig von den zeitlichen Bedürfnissen des Staatswesens, das unter Umständen in einer schöpferischen richterlichen Handhabung des über den ursprünglichen Sinn und Zweck absichtlich hinausgehobenen Gesetzes das geeignete Mittel sieht für die Weiterentwicklung des Rechtssystems. Das klassische Beispiel des prätorischen Rechtes spricht hier zum Beweis eine wuchtige Sprache. Das supplere, corrigere, adiuvare ius civile war etwas Grosses. Ob und inwieweit in den zahllosen Rechtsgebieten des Mittelalters und der beginnenden Neuzeit derartige Grundgedanken und Ursachen treibende Kräfte darstellen, die auf die Frage der Art und des Umfanges richterlichen freien Ermessens eingewirkt haben, muss hier dahingestellt bleiben. Nur die Zeit des europäischen, genauer des deutschen von der französischen Lehre der Ge-

Digitized by Google

waltenteilung bestimmten Konstitutionalismus ist im Auge zu behalten. Darnach ist soviel ganz unbestreitbar, dass weder die die Trennung von Justiz und Verwaltung aussprechenden Vorschriften, noch die die richterliche Unabhängigkeit festsetzenden Verfassungen an ein freies Ermessen auch nur gedacht haben. Als ein Korrelat der Unabhängigkeit des Richters galt unzweifelhaft seine absolute Gebundenheit an das Gesetz, dieselbe, die ihn ja in Konflikt bringen konnte und zuweilen musste mit den Auffassungen, Wünschen und Absichten seiner Vorgesetzten und der Verwaltung.

Freilich lassen sich auch von dem Gesetzgeber nicht beachtete immanente Kräfte einer einmal geschaffenen Rechtseinrichtung, Rechtsidee, Begriffsbestimmung nicht künstlich unterdrücken; solcher Kräfte bedient man sich zur Erfüllung von neuen nicht vorausgesehenen oder nicht voraussehbaren Aufgaben des Rechtslebens. Hierbei waltet jenes ungeschriebene Gesetz, dass die in der Rechtseinrichtung oder dem Rechtsbegriffe oder der Rechtsidee verborgen liegenden, noch gebundenen Gewalten die natürliche Tendenz zur Entfaltung und zum Drängen an das Licht haben, jedoch aus ihrem Banne nur dann befreit werden, wenn die Bedürfnisse der Gemeinschaft den zur Rechtsanwendung berufenen Faktor bestimmen, dass er ihn mit seinem Zauberstabe löse. Die Macht des Rechtsgedankens, Rechtsbegriffes und -Satzes, über sich hinaus zu wachsen, wenn der innern Entwicklungstendenz eine äussere Notwendigkeit sich gesellt, vermag sich demnach nur Geltung zu verschaffen durch das Medium des Richters und Verwaltungsbeamten, die den geschaffenen Rechtssatz oder eine bestimmte Definition in das Konkrete der Rechtsanwendung umsetzen müssen. Das Mittel jedenfalls auch des in Zivilsachen rechtsprechenden Richters, an den wir uns an dieser Stelle halten müssen, ist aber das Ermessen, dem zu wehren keine Gesetzgebung auf der Höhe unserer gegenwärtigen Kultur imstande ist. Zeiten mit geringerem Rechtsdurchschnitt des Lebens, in denen grosse Gebiete des Verkehrs und Erwerbes, Familien- und Gesellschaftsverhältnisse noch nach den primitiven Regeln der Sitte, Gewohnheit, nach Religion und Kultus sich richten und abgewickelt werden, können auf dem Gebiete des Rechtsgesetzes härter, strenger sein, dem subjektiven Moment des Rechtanwendenden eine

Digitized by Google

nur minimale Rolle einräumen. Dasselbe zeigt sich bei der Furcht vor überhandnehmender gewohnheitsmässiger Rechtsübung. Auch die Tendenz nach Kasuistik und Detail will der Subjektivität einen Riegel vorschieben. Aber gerade an demjenigen grossen, uns am nächsten liegenden Gesetzeswerke, das hierin Erkleckliches geleistet hat, am preussischen ALR., bewährt sich die Erfahrung, dass das Gesetz unmöglich alle im Laufe seines Bestehens in die Erscheinung tretenden, der Beurteilung bedürfenden Fälle vorhersehen und keine Kasuistik der Welt ausreichend sein kann, die Mannigfaltigkeit des Lebens in rechtliche Formeln zu bringen. Dem hat, wie wir gleich sehen werden, das BGB. und die geltende ZPO. Rechnung getragen. Jenes durch abstrakte, zahlreiche Ableitungsmöglichkeiten gestattende Normen, durch unmittelbare und mittelbare Zulassung des richterlichen Ermessens, diese insbesondere durch die dem Richter gebotene Pflicht zur freien Beweiswürdigung. Aber darüber hinaus ist generell ein Bedürfnis als gegeben anzuerkennen, der Vielgestaltigkeit vom Leben dargebotener rechtlich erheblicher Tatbestände (»Umstände des Falles!«) sowie ferner der Wandelbarkeit gewisser, für das Recht bedeutsamer Begriffe (Treu und Glauben, verkehrsübliche Sorgfalt, ehrloses Verhalten usw.) Rechnung zu tragen, und dem Richter die Feststellung des nach Zeit und Ort verschiedenen Inhalts dieser Begriffe zu überlassen. Dadurch vermag sich der Rechtssatz selbst, in dem ein dynamischer Begriff enthalten ist, neuen Vorstellungen der vorüberrauschenden Epochen anzupassen und lebensfähig zu bleiben. Nicht minder aber ist es wesentlich, dass durch die Aufnahme von ihrer Natur nach biegsamen Begriffen neuen Lebenserscheinungen ohne Aenderung des Wortlautes des Gesetzes Gerechtigkeit widerfahren kann, sodass sich gerade hier das innere Wachstum des produktiven Rechts zu zeigen imstande ist. So wird denn das moderne Gesetz auch dem zivilistischen Spruchrichter das Ermessen niemals ganz versagen können, obwohl es den Spielraum seiner Betätigung sehr stark einengen oder künstlich erweitern kann. In jedem Falle aber wird es ausserhalb des gesetzgeberischen Berufes liegen, das Wesen dieses richterlichen Ermessens besonders im Gegensatze zum freien Ermessen auf dem Gebiete der Verwaltung zu bestimmen. Dies und die verschiedenen Arten

Digitized by Google

der spruchrichterlichen Freiheit aufzuzeigen, bleibt Aufgabe der Theorie, nachdem der Einschlag freien Ermessens auch bei der Tätigkeit des Rechtspruchrichters als eine Entwicklungstatsache erkannt worden ist.

Die mangelnde Klarheit über diese Punkte hat es bewirkt, dass noch im Jahre 1880 L. Seuffert in seiner trefflichen Rektoratsrede erklären konnte: die Zergliederung des Begriffes des richterlichen Ermessens sei ein Gebiet, auf dem er Fusstapfen von Vorgängern noch nicht gefunden habe. Es ist bezeichnend, dass auch seither ein Versuch, die angedeuteten Probleme zu untersuchen, noch nicht unternommen worden ist. Ich unterscheide folgende Möglichkeiten:

A. Der Richter hat im Gesetz eine Reihe von Begriffen vorgefunden, denen er den konkreten Inhalt je nach der Lage der Umstände bei der Rechtsanwendung geben soll. Das ist nicht nur, wie Seuffert meint, »die Konkretisierung des unterstellten Tatbestandes«. Wenn das gemeine Recht von der Sorgfalt eines ordentlichen Mannes spricht, wenn im BGB. (§ 276 Abs. 1) von der Ausserachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, nach geltendem Handelsrechte von der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, Frachtführers, Reeders, Schiffers, Verfrachters, gelegentlich eines ordentlichen Geschäftsmannes die Rede ist (§§ 347, 84 Abs. 1, 419 Abs. 1, 497, 511, 606, 653; 202 Abs. 2, 203, 204, 341 Abs. 1, 249 Abs. 1 HGB.), so erfordert die Rechtsanwendung zweierlei. Einmal hat der Richter nach den ihm bekannt gewordenen Grundsätzen im Handels- u. Schiffahrtsverkehr festzustellen, was dort beim Vorliegen eines ihm unterbreiteten Rechtsfalles als ein Verhalten angesehen wird, das als sorgfältig im Sinne jener Bestimmungen gelten kann, und er hat sodann zu prüfen, ob der ihm vorliegende evtl. durch Beweis festzustellende Tatbestand diesen Erfordernissen sorgfältigen Verhaltens entspricht oder nicht. Seine persönliche Bildung und wissenschaftliche Vorbildung, seine allgemeine Lebenserfahrung, seine spezielle Kenntnis der in Frage kommenden Verhältnisse, seine Intelligenz, Auffassungsgabe, Verständnis für kaufmännisches Denken, demnach eine ganze Reihe subjektiver Voraussetzungen seines Ermessens und Mittel seiner Durchführung werden unvermeidlich sein. Auf dieser Grundlage aber wird dann das Ermessen selbst eine objektiv gebundene Marschroute haben, indem der Richter

Digitized by Google

nicht seine Auffassung, sondern die der in Betracht kommenden kaufmännischen und Schiffahrtskreise für die Bestimmung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, Frachtführers, Reeders, Schiffers u. s. w. in Rechnung stellen muss. Eine gewisse, aber auch wieder an objektiv vorliegende Tatsachen gebundene Ermessenstätigkeit wird es dann sein, den vorliegenden Tatbestand auf die Uebereinstimmung mit den so gefundenen Anschauungen über Sorgfalt zu prüfen. Auf eine Reihe anderer, auch unter der Herrschaft des geltenden Rechtes höchst wirksamer Begriffe sei hier noch verwiesen. Der Rechtsatz, dass contra bonos mores verstossende Verträge ungültig sein sollen, lebt weiter in § 138 Abs. 1 BGB. Anstelle des Begriffes eines den üblichen Zinsfuss überschreitenden und zu den Leistungen in auffälligem Missverhältnisse stehenden Vermögensvorteiles steht das teilweise übereinstimmende Wucherverbot im 2. Abs. desselben Paragraphen. Wann aber »Notlage«, noch mehr wann »Leichtsinn« und »Unerfahrenheit« vorliegt, die ausgebeutet werden sollen, wann die versprochenen Vermögensvorteile den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, dass beides in auffälligem Missverhältnisse steht und dies je nach den Umständen beurteilt werden soll, all dies entscheidet sich mit der Freiheit des richterlichen Ermessens. Bezeichnenderweise werden ferner die Fälle der Undankbarkeit bei der Schenkung (§§ 530 ff. BGB.) nicht erschöpfend angegeben. Das liegt auch ausserhalb der Möglichkeit des Gesetzgebers, für den der Richter, allerdings auf Grund ausdrücklicher Zulassung, eintritt. Jede »schwere Verfehlung gegen den Schenker oder dessen nahen Angehörigen« gibt aber doch eine Begrenzung des Ermessens. Die »Erbunwürdigkeit« (§§ 2339 Abs. 1 Ziff. 1, 2343 BGB.), ist heute genau umgrenzt. In Betracht kommt nur vorsätzliche und widerrechtliche Tötung des Erblassers (oder Tötungsversuch), Versetzen in einen Zustand, der die Testierfreiheit aufhebt. Dagegen kannte das gemeine Recht noch weitere Tatumstände, z. B. Denunziation des Erblassers, Verfügung über die Erbschaft bei dessen Lebzeiten ohne seine Zustimmung durch Vertrag, Vernachlässigung eines geisteskranken Erblassers u. s. w. Ein »ungehöriges Benehmen« schloss nach gemeinem Rechte den Erben vom Pflichtteil aus. »Die Beantwortung der Frage, ob er den Ausschluss verdient habe,

Digitized by Google

ist im allgemeinen dem richterlichen Ermessen überlassen«. (Windscheid-Kipp Pandekten Bd. III S. 583.) Das BGB. hat nun zwar die Fälle, in denen eine Entziehung des Pflichtteils durch den Erblasser mittelst letztwilliger Verfügung (nicht kraft Gesetzes) zulässig ist, genauer normiert (§§ 2333 ff.); aber es ist doch wesentlich dem richterlichen Ermessen überlassen, zu bestimmen, wann der Abkömmling dem Erblasser nach dem Leben getrachtet (übrigens derselbe Begriff in § 1566 BGB.), ihn oder den Ehegatten gemisshandelt hat (von grober Misshandlung ist im § 1568 S. 2 die Rede), die Unterhaltungspflicht böswillig verletzt, einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers geführt und auch zur Zeit des Erbanfalles nicht aufgegeben hat (§ 2336 Abs. 4 BGB.). Gerade hier werden ethische Anschauungen der Gesellschaft oder gewisser Schichten massgebend sein müssen. Wenn dann der Erblasser seinem Ehegatten den Pflichtteil nach § 2335 entziehen kann, falls dieser sich einer Verfehlung schuldig gemacht hat, auf Grund deren der Erblasser auf Scheidung nach Massgabe gewisser Paragraphen zu klagen berechtigt ist, so findet sich unter diesen auch der § 1568 mit seinen dem Ermessen des Richters grossen Raum lassenden Begriffen: »Schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten«, »ehrloses, unsittliches Verhalten«, »so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, dass dem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann«. Bemerkenswert ist eine Begrenzung des freien Ermessens bei der Bescholtenheit (turpitudo), die im gemeinen Recht Bedeutung hatte für das Pflichtteilsrecht, das Geschwistern (neben andern Voraussetzungen) nur dann zustand, wenn ihnen eine nicht ehrenhafte Person vorgezogen war. Eine derartige Folge der Bescholtenheit findet sich im heutigen bürgerlichen Recht nicht, vielmehr ist das freie Ermessen des Richters, jemanden zum Vormund zu bestellen oder zum Testamentszeugnis heranzuziehen, begrenzt u. a. auch durch die Tatsache der erfolgten Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (§§ 1781 Ziff. 4, 2237 Ziff. 2 BGB.). Bei der Eheschliessung dürfen aber als Zeugen nicht fungieren solche Personen, die die bürgerlichen Ehrenrechte verloren haben (§ 1318 Abs. 2 BGB.).

Digitized by Google

Man wird nicht zweifeln können, dass das aus inneren Gründen für das gegenwärtige Rechtsleben notwendige richterliche Ermessen gerade durch das BGB. erheblich erweitert worden ist, und zwar wesentlich in der Richtung der Aufnahme von Begriffen in das Gesetz, die Merkmale enthalten, deren materieller Inhalt im konkreten Fall erst gefunden werden musss. Auf die »Umstände des Falles« wird die Entscheidung abgestellt in den §§ 151, 328, 612, 638; die »Würdigung des Falles« gebietet § 119; die »Angemessenheit« ist nach dem Wortverzeichnis von Gradenwitz (1902) 45mal im Gesetzbuch zu beachten. Die berühmten Vorschriften, in denen es auf »Treu und Glauben« ankommt (§§ 157, 242), die vorsätzliche gegen die guten Sitten verstossende Schadenzufügung und das Schikane-Verbot (§§ 826, 226) seien gestreift. Auf die Verkehrssitte nehmen Bezug u. a. die §§ 151 Abs. 2, 157, 242; was Zubehör und was vertretbare Sache ist, hängt von der verkehrsüblichen Anschauung ab (§§ 91, 97 und Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. 1906, S. 153 Anm. 1); der Ausdruck »im Zweifel« in den §§ 125 Satz 2 und 154 Abs. 2 bedeutet »wenn die vorliegende Willenserklärung nicht nach der festen Verkehrssitte oder nach den Umständen des Falles zu beurteilen ist« (Danz a. a. O. S. 195); »grobe Pflichtverletzung« des die Gesellschaft vertretenden Gesellschafters ist ein Grund zur Entziehung der Geschäftsführung (§ 712 Abs. 1); »Pflichtwidrigkeit« des Beamten kommt in Frage bei § 839 Abs. 2 Satz 2. Die »Billigkeit« ist u. a. nach § 829 zu beachten. Eine grosse Reihe von Ausfüllungsbegriffen, wie ich sie nennen will, enthält das Familienrecht, z. B. ist eine verständige Würdigung des »Wesens der Ehe« vorgesehen in §§ 1333, 1334; die »Beeinträchtigung der ehelichen Interessen« in § 1358; der »Missbrauch des Ehegattenrechts« in §§ 1353, 1354, 1357 Abs. 2, 1358 Abs. 2. In allen diesen Fällen — auf Vollständigkeit kann hier kein Gewicht gelegt werden — handelt es sich darum, dass die in einem Rechtssatze enthaltenen Begriffe Merkmale aufweisen, deren Inhalt nicht durch das Recht ein für allemal festgelegt ist, wie dies z. B. auf die Begriffe: Genehmigung, Zustimmung, Einwilligung, Vollmacht, Anspruch, Entmündigung, Rechtsgeschäft, Zurückbehaltungsrecht, Erfüllung Zug um Zug, Schutz, Ersitzung, Niessbrauch, Nachlasspfleger, letztwillige Verfügung u. s. w. zutrifft; vielmehr wird

Digitized by Google

die Bestimmung des Merkmales getroffen mit Hilfe von Vorstellungen, die ausserhalb der streng juristischen, technischen Begriffe stehen. Allein hier ist ein Irrtum sorgfältig zu meiden. Diese Merkmale und Begriffe, die dem Richter durch die Verkehrsanschauung, durch das Leben im weitesten Sinne geboten werden, sind an sich gewiss zunächst keine Rechtsbegriffe. Aber sie sind nicht, wie selbst SEUFFERT meint, faktische Begriffe, wenn sie als rechtliche Merkmale in Frage kommen. Gewiss entbehren sie vielfach — der Absicht oder der Not des Gesetzgebers zufolge — der scharfen Umgrenzung, gerade um die Berücksichtigung allgemeiner Anschauungen, bestimmter Gesellschafts- oder Berufsschichten, örtlicher Verhältnisse, sittlicher und anderer Auffassungen durch den Richter zu ermöglichen. Dieser muss das bürgerliche, geschäftliche und geistige Leben seiner Zeit, mindestens die sie beherrschenden Grundansichten kennen, um die hier fraglichen Ausfüllungsbegriffe, wie z. B. Treu und Glauben, im Verkehr erforderliche Sorgfalt, grober Undank, ehrloser, unsittlicher Lebenswandel u. s. w. unter Berücksichtigung des konkreten, ihm vorgelegten Falles umgrenzen zu können. Sobald aber diese ausserhalb der Welt der juristischen Technik gegebenen Vorstellungen mit Hilfe der freien geistigen Tätigkeit des Richters als Ausfüllungsbegriffe in den Rahmen einer Definition, einer Rechtseinrichtung gespannt werden, führen sie ein rechtlich erhebliches Dasein und sind von Merkmalen des gewöhnlichen Lebens zu solchen des Rechtslebens erhoben worden. Daraus ergeben sich zwei für das Folgende wichtige Konsequenzen: a) Die aus den Tatsachen des Lebens gewonnenen Merkmale werden Rechtsmerkmale und Komposita des Rechtsbegriffes, wenn auch nur für den konkreten Fall. Damit ist der Richter, den fehlenden Inhalt eines Begriffes ergänzend, vorgeschritten zu der Ausfüllung des abstrakten Rahmens, sodass nunmehr ein für die Revisionsinstanz massgebendes, gewissermassen komplettes Gesetz vorliegt. Dieser Auffassung ist auch L. SEUFFERT (a. a. O. S. 8), während ZITELMANN (Internationales Privatrecht I S. 5) jede Entscheidung innerhalb des Spielraums des freien Ermessens dem Rechtsmittel der Revision entzogen wissen will. (Vergl. auch unten zu § 286 ZPO.) Sodann ist b) bei diesen Ausfüllungsbegriffen der Richter keineswegs berechtigt,

Digitized by Google

der reinen Willkür Raum zu geben; er muss den fehlenden Inhalt des Merkmals so feststellen, dass die »Anschauung der Zeitgenossen, gewisser Stände und Berufsklassen an bestimmten Orten« objektiv wiedergespiegelt wird. Er hat nicht seine Auffassung von einem ehrlosen und unsittlichen Lebenswandel, sondern die der fraglichen Bevölkerungsschicht und der betreffenden Person, er hat nicht seine individuelle Ansicht über Treu und Glauben, über Verkehrssitte zur Geltung zu bringen, sondern diejenige der Geschäftswelt und Kaufmannschaft in einer bestimmten zeitlichen und örtlichen Begrenzung. Er gibt nicht Eigenes, sondern er ermisst die Tragweite der festzustellenden Merkmale und Begriffe an den Erscheinungen des Lebens. Selbstverständlich gibt es eine Fülle von allgemein menschlichen und sittlichen Auffassungen, in denen der Richter ohne Zuhilfenahme fremder Erkenntnismittel sich selbst helfen kann [1]). So braucht er keine Erkundigungen einzuziehen, um zu wissen, dass das Leben eines Säufers und Spielers, das Gewerbe als Prostituierte und Kupplerin als ehrloser und unsittlicher Lebenswandel im Sinne auch des BGB. zu gelten hat. Anders werden die Fragen zu beantworten sein, wenn es sich z. B. um die Eingehung einer nicht standesgemässen Ehe handelt, oder um Ergreifung des Berufes eines Fabrikarbeiters durch einen Standesherrn u. s. w.

Diese beiden Folgerungen (zu a und b) stehen auch im Einklang mit dem Grundsatz der Gebundenheit des Richters an das Recht (§ 1 GVG.), das er freilich erst zum Zwecke der Anwendung bis zu einem gewissen Grade selbst auffinden muss [2]).

[1]) Vgl. STEIN, Das private Wissen des Richters 1888 besonders S. 21 ff.

[2]) ZITELMANN, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB. 1889 S. 9 unterscheidet: „Das Gesetz gibt häufig überhaupt keine Merkmale an, sondern nennt den Begriff nur mit einem Wort: Der Richter hat die den Begriff bildenden Merkmale dann selbständig zu ermitteln.“ Durch den Verkehr oder durch Hilfswissenschaften könne der Inhalt des Begriffs nach allen Seiten völlig festgestellt sein z. B. der Begriff Tod. Ein anderer Fall ist nach ihm der, dass „die Gesetzgebungen Begriffe verwenden, welche sie selbst nicht näher bestimmen, und welche auch durch die Verkehrsanschauung nur soweit bestimmt sind, dass ihr Zutreffen in manchen Fällen sicher, in andern aber unsicher ist.“ Hier werden Begriffe wie Fahrlässigkeit, gute Sitten, auch Bereicherung angeführt. Eine Frage der Auslegung feststehender rechtstechnischer Begriffe liegt vor bei der von ZITELMANN

Digitized by Google

B) Stehen die der Beurteilung unterliegenden tatsächlichen Verhältnisse fest (oder sind sie festgestellt worden, sei es auch nur erst mit Hilfe des freien Ermessens), ergeben sich aber Zweifel darüber, welche Normen der Rechtsordnung anzuwenden sind, so kann hier (unbeschadet der als selbstverständlich vorauszusetzenden Gesetzeskenntnis des Richters) ein Betätigungsgebiet des freien Ermessens insoweit vorliegen, als die gewonnenen Merkmale ohne weiteres oder mit Zuhilfenahme der Interpretation nicht nur unter eine Gesetzesstelle zu bringen sind, sondern mehreren Rechtssätzen untergeordnet werden können. Eine Gesetzeskonkurrenz in diesem Sinne wird auch auf dem Gebiete des Zivilrechts nicht selten sein [2]).

C) Noch wichtiger ist, dass die auf die Ermittelung der anzuwendenden Norm gerichtete Tätigkeit auf Grund freien Ermessens nicht nur zu dem Ergebnis kommen kann, einen bestimmten Rechtssatz als massgebend zu erklären, sondern dazu, eine rechtliche Ordnung hinsichtlich der gegebenen Tatbestandsmomente zu leugnen, insofern einen rechtsleeren Raum zu konstatieren. So z. B. in den Fällen eines beanspruchten Schadensersatzes, der nicht vorgesehn ist durch die Vorschriften der §§ 823 ff. des BGB., das bekanntlich eine allgemeine Schadensersatzpflicht nicht eingeführt hat. Während also die früher erörterten Fälle des freien Ermessens (zu A) die Unzweifelhaftigkeit der anzuwendenden Norm voraussetzen und nur innerhalb derselben einem aus der Welt der Tatsächlichkeiten entnommenen Merkmale juristische Prägung geben, fehlt es hier (zu B und C) zunächst noch an der Sicherheit bezüglich der endgültig zur Anwendung kommenden Rechtsvorschriften. Diese sollen mittelst Anwendung des richterlichen Ermessens gefunden werden. Dies unbeschadet der

S. 8 hervorgehobenen „Unsicherheit", die „durch die Weitheit der vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe nötig gemacht" wird, selbst da, wo diese Begriffe nach ihren Merkmalen im Gesetz selbst vollständig festgestellt sind, ebenso teilweise bei den von Hellwig, Lehrb. d. d. Zivilprozessrechts Bd. 2 (1907) S. 165 Nr. 4 angeführten: wie Besitz, Fruchtertrag, Tierhalter, Eisenbahn, Gewerbe. Es steht hier innerhalb einer anzuwendenden positiven Rechtsnorm ein Merkmal fest, aber sein Sinn ist zweifelhaft oder die Tragweite bestritten.

[1]) Hellwig, Anspruch S. 97 f., Endemann, Einführung in das Studium des BGB. I § 84 Nr. 5, Hellwig, Lehrb. d. d. Ziv.Proz. I 266 f. 202, II 147.

Digitized by Google

immerhin die Regel bildenden Erscheinung, dass die einwandfreie Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse diejenigen Merkmale ergibt, welche eine Subsummierung unter bestimmte Rechtsnormen ohne weiteres mit zwingender Logik fordern. Erheben sich (bei feststehendem Tatbestande) Zweifel über das Vorhandensein einer für den konkreten Fall gesuchten Rechtsnorm, so taucht leicht die Frage auf, wie dem Vorwurfe der Rechtsverweigerung begegnet werden könne. Bekanntlich hat der Code civil in Art. 4 den Richter der Justizverweigerung schuldig bezeichnet, wenn er die Entscheidung ablehnt wegen des Schweigens, der Unklarheit oder Unzulänglichkeit der Gesetze. Demselben Gedanken gab der § 1 des ersten Entwurfes zum BGB. Ausdruck. Unbeschadet der Nichtaufnahme in das zustandegekommene Gesetzbuch gilt er auch für unser Recht. Dies bedeutet aber nicht, dass überall eine positive Entscheidung getroffen werden müsse. Eine grosse Anzahl von Lebensverhältnissen sind mit Bewusstsein von der rein juristischen Regelung ausgeschlossen, zahlreiche gesellschaftliche, moralische und sonstige Beziehungen werden nicht in die Sphäre des Rechtes erhoben. Der Staat verzichtet insbesondere vielfach auf die Bestrafung moralwidriger oder antisozialer Handlungen. Insoweit liegt danach ein »rechtsleerer Raum« vor, dessen Feststellung durch den Richter diesen keineswegs mit dem Vorwurf der Rechtsverweigerung belastet. Vielmehr sind hier nur die Zweifel, ob im gegebenen Falle überhaupt eine Norm zu finden ist, in negativem Sinne gelöst worden. Dem widerspricht auch die, nach Andeutungen von Jhering und Bruns, von Bergbohm[1]) in klassischer Weise formulierte und vertiefte Idee von der »logischen Geschlossenheit des Rechts« keineswegs, da auch hier das Bestehen von rechtsleeren Räumen anerkannt wird[2]). Eine Schwierigkeit besteht aber darin, festzustellen, ob das Recht eine positive Bestimmung zu treffen absichtlich unterlassen hat; ob es nicht vielmehr anderweite Vorschriften enthält, mit deren Hilfe — da auf die Fähigkeit des Rechtssystems zur Selbstergänzung

[1]) Jurisprudenz und Rechtsphilosophie Bd. 1 (1902) S. 372 ff.

[2]) Vgl. übrigens Jellinek, Allgemeine Staatslehre 2. Aufl. S. 325; Windscheid-Kipp 1. Bd. § 23 Anm. 1b; Jung, „Von der logischen Geschlossenheit des Rechts“ (1900); besonders scharf desselben „Positives Recht“ (1907) S. 8, 9 N. 2, S. 41 f.

Digitized by Google

gerechnet werden darf — auch für den in Frage stehenden Tatbestand eine positive Lösung gefunden werden kann. Es ist klar, dass in beiden Fällen alle Mittel der Auslegung, der Gesetzes- und Rechtsanalogie, u. s. w. eine wichtige Rolle spielen können. Nur im Falle einer positiven Lösung aber liegt »freies Ermessen« als schöpferische Funktion vor (vgl. unten S. 495). Ebenso im Falle der von ZITELMANN entdeckten »echten Lücken«, die (a. a. O. S. 27 f.) vorliegen, wo das Gesetz eine Antwort überhaupt schuldig bleibt, eine Entscheidung gar nicht ermöglicht, während eine Entscheidung doch getroffen werden muss. Der Fall dieser wahren Lücke sei der: Das Gesetz gibt einen positiven Satz, nach dem zu entscheiden ist, lässt aber innerhalb dieses Satzes ein einzelnes Moment unbestimmt. Der Wille des Gesetzes, dass eine rechtliche Behandlung gewisser Art eintrete, stehe fest, aber innerhalb dieses Rahmens seien Möglichkeiten und das Gesetz sagt nicht, welche davon es will[1]). Hier ist nur eine positive Lösung denkbar, sodass die Füllung echter Lücken einen Fall des freien Ermessens darstellt. Verschieden sind aber die Fälle von »unechten« Lücken zu beurteilen, bei denen es sich in Wahrheit darum handelt, dass für besondere Tatbestände eine besondere, von der allgemeinen Regel abweichende rechtliche Behandlung im Gesetz vermisst wird. Lückenfüllung bedeutet, dass der Richter jene allgemeine Regel für diese besonderen Tatbestände durchbricht und für sie einen neuen Rechtssatz, meist in Weiterbildung anderer schon vorhandener Sondersätze, findet. Insoweit nur eine »Korrektur« des Gesetzes gegeben ist, eine Auseinanderlegung des schon vorhandenen Rechtsinhalts vor sich geht, ist m. E. kein freies Ermessen im technischen Sinne vorhanden, sondern nur ein Feststellen des rechtlichen Gehalts mit Hilfe der Interpretation (denken wir an SAVIGNYS vier Arten der Auslegung); wohl aber dort, wo »es sich

[1]) ZITELMANN führt Beispiele an: Das Gesetz ordnet eine Wahl für eine gewisse Gelegenheit an, unterlässt es jedoch, über die Art der Wahl oder die Ermittelung des Gewählten nähere Bestimmungen zu treffen. Eine Lücke sei hier gerade ebenso da, als wenn das Gesetz etwa für irgend einen Fall gesetzliche Zinsen zubilligt, über die Höhe der Zinsen, ob 4 oder 5 Proz., aber keine Auskunft gebe. HELLWIG, Lehrbuch Bd. 2 S. 165 Nr. 7 führt ein weiteres Beispiel an, den § 289 Abs. 2 ZPO., der nichts anderes sei, als eine Umschreibung dafür, dass das Gesetz keine Bestimmung enthalte.

Digitized by Google

darum handelt, einen Rechtssatz einzuschränken, der in seiner Allgemeinheit zu Resultaten führt, die dem Verkehrsbedürfnis widersprechen und nicht als im Geiste des Gesetzes liegend anerkannt werden können. Diese Einschränkung erscheint sehr häufig in der Gestalt, dass man eine einzelne Ausnahmebestimmung, die das Gesetz bereits enthält, verallgemeinert, also auf solche Tatbestände ausdehnt, die nach dem Wortlaut des Gesetzes unter die Regel fallen, aber als den im Gesetz schon enthaltenen Ausnahmefällen wesensgleich erscheinen und deshalb vernünftigerweise auch rechtlich gleich behandelt werden müssen« [1]). In solchen Fällen liegt freies Ermessen als rechtschöpferische Funktion klar zu Tage.

D. Das freie richterliche Ermessen kann auch Platz greifen hinsichtlich der Konkretisierung der Rechtsfolge. SEUFFERT bezog sich auf das Muster der Rechtsnormen über die Verletzung der Pflichten des Freigelassenen gegen den Patronus, die Patrona und die Kinder; hier konnte je nach der Lage des Falles Geldstrafe, körperliche Züchtigung, zeitweiliges Exil, Verurteilung zur Bergwerksarbeit u. s. w. verhängt werden. Im heutigen Zivilrecht sind diese Fälle der Freigabe der Rechtsfolgen innerhalb bestimmter Grenzen äusserst selten. Der hierzu von SEUFFERT (S. 7) erwähnte Fall, der dem Richter gestattet, wegen Dissidien unter den Ehegatten entweder die Ehe zu lösen, oder auch nur die Trennung auf bestimmte Zeit auszusprechen, trifft nach heutigem Rechte nicht mehr zu. Die verwandte Vorschrift des § 1575 BGB. stellt es in das Belieben der Parteien und nicht des Richters, ob eine Ehescheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft stattfinden soll. Allerdings fehlt es auch nicht an Vorschriften, die das freie Ermessen hinsichtlich der Rechtsfolgen zulassen, so bei der Vertragsstrafe § 343 BGB. Die Fälle werden in unserem Rechtssystem sehr selten sein, da die Motive des Richters hier nicht wie im Falle A aus den von ihm mit juristischem Inhalt gefüllten Begriffen ersichtlich sind und deshalb leicht zur Willkür neigen. In einem solchen Falle der Einräumung freien Ermessens hinsichtlich der Rechtsfolgen ist allerdings die Möglichkeit der Revision beim Reichsgericht ausgeschlossen.

---

[1]) HELLWIG a. a. O. Bd. 2 S. 166 mit wichtigen Beispielen in den Anmerkungen 9 und 10.

Digitized by Google

E. Indem der Spruchrichter den festgestellten Tatbestand unter das geltende Recht subsummiert — Art und Weise der hierbei obwaltenden logischen Operationen darf als bekannt vorausgesetzt werden, — stellt er in der Regel nur fest, was in dem konkreten Fall rechtens ist, freilich (jedenfalls in letzter Instanz) ohne Widerspruchsmöglichkeit und ausgerüstet mit der Befehlsgewalt des Staates, die auch die Rechtsverwirklichung sicher stellt [1]). Zweifellose Rechtsverhältnisse wickeln sich normaler Weise täglich ab ohne Dazwischenkunft des Richters; wo er angerufen wird, wird das bestrittene und insoweit für den Staat noch latente Recht der obsiegenden, die Pflicht der unterliegenden Partei ans Licht gestellt. »Auszusprechen, was Rechtens sein soll, weil es schon Rechtens ist und als solches erkannt wird, das ist die Rechtsprechung im genauesten Sinne des Wortes« [2]). Dieser deklaratorischen Natur des Richterspruchs gegenüber (die mit der einen Aufgabe des Prozesses auf Herstellung der Rechtsgewissheit offensichtlich zusammenhängt) ist die konstitutive nicht zu übersehen: Das zivilrechtliche Urteil selbst kann Rechte erst begründen und aufheben oder sonstige Rechtsfolgen schaffen, »rechtsgestaltend oder rechtsändernd« sein [3]). z. B. Ehescheidungs- und Ausschlussurteile. Bei solchen wird nun ein weitgehendes freies Ermessen des Richters unmöglich verkannt werden können, soweit es sich um die Bestimmung von Rechtsfolgen handelt. Aber es sind hier wiederum Beschränkungen gegeben einmal durch die Parteianträge, die zwar eventuelle (alternative) sein können, über die aber der Richter nicht hinausgehen darf. Sodann bietet die neuerdings wohl als herrschende Lehre anzunehmende über »Rechtsschutzanspruch«, »Urteilsanspruch« (Langheineken), »Klage-

[1]) Dies auch gegen Bülow, Gesetz und Richteramt 1885 S. 3; vgl. jedoch auch sein „Geständnisrecht" 1899 S. 89.

[2]) Otto Mayer, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, Arch. f. öff. R. Bd. 21 S. 42.

[3]) Otto Mayer, a. a. O. S. 40. Nicht unbedenklich ist es, wenn dieser Schriftsteller die Schaffung eines konstitutiven Urteilsinhalts hier nicht mehr als „eigentliche" Rechtsprechung gelten lässt. Man muss hier an dem Begriff der Justiz in materiellem Sinne (vgl. oben S. 451) festhalten; vgl. noch Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts Bd. 1 (1903) S. 38. Soweit dort die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Zwangsvollstreckung im engeren Sinne erwähnt sind, scheiden sie als nicht „materielle Justiz" hier aus.

Digitized by Google

recht« (HELLWIG)[1]) die Möglichkeit der Erkenntnis einer weiteren Begrenzung des freien Ermessens, da sie ja die In-Bewegung-Setzung der staatlichen Autorität und Zwangsgewalt in der Richtung der konstitutiven Urteile durch die Partei bedeutet. Es erscheint angemessen, hier besonders zu betonen, dass das »publizistische Klagerecht«, den »Anspruch gegen den Staat auf Rechtsschutz« kein anderer als LABAND zuerst entdeckt hat[2]), während für die nähere Formulierung des Rechtsschutzanspruches die Zivilprozessualisten eintreten. So definiert HELLWIG (Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 12) den Rechtsschutzanspruch als das prozessuale Recht gegen den Staat darauf, dass er durch seine dazu berufenen Organe auf gehöriges Verlangen seine Entscheidung und Zwangsgewalt zugunsten des Rechtsschutzberechtigten gegen den Gegner entfaltet, um das Rechtsschutzbedürfnis des Antragsberechtigten zu befriedigen. Wenn die Zivilprozesse als Ausflüsse einer Vielheit von vorprozessualen Rechtsansprüchen zu betrachten sind; wenn, mit Ausnahme von KOHLER, heute alle bedeutenden Prozessualisten darin übereinstimmen, »dass die Grundlage jedes Zivilprozesses ein Rechts-, d. h. ein Verpflichtungsverhältnis zwischen Staat, bezw. Gericht und Partei bildet«[3]), so liegt m. E. auch in den konstitutiven Urteilen nur der Ausdruck einer Staatspflicht gegenüber dem »Rechtsschutzberechtigten«, und somit treten solche Urteile keineswegs heraus aus den Bahnen des von der obsiegenden Partei bestimmten Weges. Mag demnach ein freies Ermessen auch hier obwalten, es erhält seine Richtlinie durch die Partei. Mit Recht hat SCHMIDT (a. a. O. S. 19) die Möglichkeit sicherer Vorausberechenbarkeit des Prozesserfolges als eine Konsequenz der vom Richter zu erfüllenden staatlichen Pflicht rechtmässiger Entscheidung bezeichnet.

F. Ein Fall des freien Ermessens, der dem Richter die weitestgehende Freiheit einzuräumen scheint, ist gegeben

[1]) Vgl. statt vieler RICHARD SCHMIDT, Prozessrecht und Staatsrecht (1904) besonders S. 5 ff. und Lehrbuch des deutschen ZPR. 2. Aufl. 1906 S. 16; dessen Vermittelungstheorie zwischen der ausser- und vorprozessualen und der die rein prozessualen Vorgänge betonenden Richtung halte ich für durchaus zutreffend. HELLWIG, Klagrecht und Klagmöglichkeit 1905 S. 1, 27 ff., 42 und passim.

[2]) Vgl. jetzt Staatsrecht des Deutschen Reiches 4. Aufl. Bd. 3 S. 349 ff.

[3]) SCHMIDT, Prozessrecht und Staatsrecht S. 12.

Digitized by Google

in den positivrechtlichen Sätzen, bei denen sowohl die Rechtsbegriffe als auch die möglichen Rechtsfolgen gänzlich zweifelsfrei feststehen, dem Richter aber eine zweckmässige Gestaltung des Einzelfalles anheim gegeben ist. Sieht man aber genauer zu, so handelt es sich um Vorschriften, die nicht den Rechtsspruchrichter betreffen, sondern den Richter des Vormundschaftsrechtes, der Erbregulierung und der freiwilligen Gerichtsbarkeit[1]). Das sind aber Gebiete, auf denen materiell Verwaltung geübt wird, die jedenfalls bei der Betrachtung des freien Ermessens durch die Justiz in materiellem Sinne auszuscheiden haben.

Noch bleibt eine Art des freien Ermessens: sie kommt in Frage bei der Einschätzung der tatsächlichen Behauptungen im Prozesse. Sie ist deshalb allsogleich bei den durch die ZPO. gegebenen Ermessensmöglichkeiten zu betrachten. Schon hier ergibt sich aber ein Wichtiges: Nur wo das Gesetz ausdrücklich, oder indem es Ausfüllungsbegriffe gibt, oder erwartet, auf die freie Geistestätigkeit des Richters rekurriert, ist die strenge Bindung an das Gesetz scheinbar gelockert. Scheinbar; denn eine Entscheidung, die das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen freistellt, bleibt eine Entscheidung nach dem Gesetz. Diese Zulassungstheorie, wie ich sie nennen will, schliesst aus, was Niemeyer (Positives, internationales Privatrecht Bd. 1 S. 7, 8) behauptet, dass das objektive Recht bei vollständiger Lücke die Norm enthalte, der Richter solle nach freiem Ermessen entscheiden. Zitelmann (Internationales Privatrecht I S. 4) betont mit Recht, dass dadurch der Entscheidung des Richters Blankovollmacht erteilt sein würde. Was im Falle einer »vollständigen« Lücke zu geschehen hat, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben: Dass das freie Ermessen — dem es ausserdem hier an jeder sachlichen Begrenzung fehlen würde — in die Bresche zu springen hätte, bedürfte eines noch nicht geführten und auch kaum zu erbringenden Beweises (vgl. auch oben zu C).

G. Auf dem Gebiete des Verfahrens hat sich seit dem Inkrafttreten der geltenden ZPO. nicht minder eine Erweiterung des freien Ermessens ergeben. Nach freier Ueberzeugung hat das Gericht zu entscheiden, ob eine tatsäch-

[1]) Ich verweise nur auf die Fälle der §§ 1666 f., 1669, 1796, 1798, 1811 1837 f., 1844 BGB.

Digitized by Google

liche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei. An gesetzliche Beweisregeln — die im gemeinen Rechte ohne Rücksicht auf subjektive Ueberzeugung den Richter zwangen, eine bestrittene Tatsache für wahr oder unwahr zu halten — ist das Gericht nur in den durch die ZPO. bezeichneten Fällen gebunden (§ 286 früher 259). Von diesen Fällen abgesehn besteht aber immer insofern auch eine Gebundenheit, als eine Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme vorgeschrieben ist. Auch hat nicht eine richterliche Subjektivität Sanktion erhalten, sondern es sind G r ü n d e notwendig, und die für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesenen müssen nach derselben Vorschrift angegeben werden. Deren Nichtbefolgung ergibt einen Revisionsgrund (§ 551 Ziff. 7 ZPO.). Es kann nach geltendem deutschem Zivilprozessrecht, das den Parteibetrieb kennt, kein Zweifel bestehen, dass das freie Ermessen sich nur auf tatsächliche Behauptungen erstreckt, die von einer Partei aufgestellt und vom Gegner bestritten worden sind. Danach besteht ferner eine Beschränkung seines Ermessens dann, wenn eine Behauptung nicht bestritten oder ausdrücklich zugestanden ist (§§ 138, 288 ZPO.). Während der judizierende Strafrichter, vereint mit allen andern Organen der Rechtspflege, insbesondere der Staatsanwaltschaft, mit dem Ziel einer Erforschung der unbedingten objektiven Wahrheit vorzugehen hat, trifft dies auf die Zivilrechtspflege in Deutschland nicht zu. Tatsachen, die keine Partei in der mündlichen Verhandlung beigebracht hat, darf der Richter nicht in den Prozess einführen, er darf nur entscheiden auf Grund dessen, was ihm von den Parteien vorgebracht und dargetan wird. Nicht überall ist derselbe Grundsatz zum Durchbruch gekommen. Die preuss. AGO. vom 6. Juli 1793 bekannte sich zum Untersuchungsprinzip oder zur Instruktionsmethode und die neue österreichische ZPO. vom 1. August 1895 geht von dem Grundsatz aus, dass das Gericht selbsttätig in den Gang des Rechtsstreites nach den verschiedenen Richtungen eingreifen soll, um den Erlass eines materiell wahren, gerechten Urteils sicher zu stellen. Das inquisitorische Moment, das auch in einzelnen Vorschriften Ausdruck findet, so in der über die Beweiserhebung durch eidliche Vernehmuug der Parteien und in d e r Bestimmung, welche wahrheitsgemässe, vollständige und

Digitized by Google

bestimmte Vorträge verlangt, fehlt durchaus in der deutschen ZPO. Diese beschränkt danach das richterliche Ermessen mehr wie die preuss. AGO. und die österr. ZPO. Bei uns trifft freies Ermessen nur mit der in § 286 selbst gegebenen Begrenzung die tatsächlichen Behauptungen der Parteien und die Beweisaufnahme. Alle Beweismittel können aber in Frage stehn; dagegen kommt den privaten Wahrnehmungen des Richters keine Bedeutung zu. Dass jedoch auch hinsichtlich der Beweisaufnahme das richterliche Ermessen weiterhin begrenzt ist, zeigt sich bei der Ablehnung einer beantragten Beweiserhebung, deren Gründe ungenügend sein können, sodass die Aufhebung des Urteils wegen Gesetzesverletzung möglich ist. Dagegen sind wieder allgemeine Erfahrungstatsachen des Lebens dem richterlichen Ermessen ohne weiteres auch im Rahmen des § 286 ZPO. unterworfen. Die rechtliche Beurteilung der Tatsachen sodann ist unabhängig von der Parteiauffassung. Wieweit hierbei das richterliche Ermessen geht, wird alsbald zu erörtern sein, jedenfalls ist soviel klar, dass für die Frage der Subsumtion unter den Rechtssatz die in der Wertung des Tatsachenmaterials (Tatbestandes) bestehende Freiheit von grösster Bedeutung ist. Zusammen hängt mit der Frage der freien Beweiswürdigung die der Auferlegung richterlicher Eide. Solche sind statthaft, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend ist, um die Ueberzeugung des Gerichtes von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsachen zu begründen (§ 475, früher 437). Nicht minder bedeutet der § 287 (früher 260) eine Erweiterung des richterlichen Ermessens; nach freier Ueberzeugung wird im Streitfalle bestimmt, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, »unter Würdigung aller Umstände«. Ferner bleibt dem Ermessen des Gerichtshofes überlassen, ob und inwieweit eine Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen ist. Endlich kann das Gericht den Beweisführer zur eidlichen Schätzung seines Schadens oder Interesses zulassen und hierbei einen Höchstbetrag von vornherein bestimmen. »Die Verpflichtung zur Schadens- oder Interesseleistung ist dadurch zu einer Verpflichtung höchst arbiträren Inhalts umgestaltet.

Digitized by Google

Das richterliche Ermessen betrifft die Setzung der Rechtsfolge für die die Ersatzpflicht begründenden Ereignisse«. (SEUFFERT a. a. O. S. 12)[1]).

V.

Haben wir so die Arten des freien Ermessens mit leidlicher Vollständigkeit erkannt, so sieht man sich nach dem Massstabe, nach dem letzten Prinzip um, das für die Betätigung des freien Ermessens massgebend sein soll. Dem Richter soll als letztes Ziel seiner Tätigkeit die Gerechtigkeit vorschweben. So fordert es die herrschende Lehre. Ist sie zutreffend, irrig, oder wenigstens verbesserungsbedürftig?

Der Begriff der Gerechtigkeit im Sinne des Alten Testamentes war: Allseitige Erfüllung einer gottgewollten Ordnung[2]), bei den Griechen »die Kardinaltugend für das menschliche Zusammenleben«; sie regelt das Verhältnis zu den Mitbürgern und Nebenmenschen; sie ist die Grundlage aller gesellschaftlichen und staatlichen Ordnung, die das öffentliche, wie das private Leben beherrschen will. Bei Pythagoras und Plato, besonders aber bei Aristoteles, (Nikom. Ethik V. 2 bis 7) gewürdigt als »die Gleichheit und Proportionalität, welche für die Handlung und Leistung des einen und die Gegenhandlung des andern Teiles ihrem Werte nach zu gelten hat[3])«. Ist hier Billigkeit und Moral noch eingeschlossen, so fehlen sie in der für die Römer so kennzeichnenden Definition des Ulpian (§ 10 pr. D. I, 1): justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere. Indem sich diesem theologischen, ethischen und scheinbar juristischem Begriffe noch eine meta-

[1]) Auch der § 256 ZPO. (früher 231) über die Feststellungsklage kann hierher gerechnet werden. Der Begriff des „rechtlichen Interesses" gibt dem freien richterlichen Ermessen Spielraum. Freilich halte ich es für irrtümlich, wenn SEUFFERT a. a. O. diesen Begriff nicht als einen juristisch umgrenzten anerkennen will.

[2]) RÜMELIN, Kanzlerreden (1907) S. 261.

[3]) LOTMAR, Vom Rechte, das mit uns geboren ist. Die Gerechtigkeit. 2 Vorträge, Bern 1893, versucht an einigen Beispielen den aristotelischen Gerechtigkeitsbegriff zu erläutern. Es wird darauf noch zurückzukommen sein.

Digitized by Google

physische Bedeutung gesellt, das Prinzip einer allgemeinen Vergeltung, »wird sie aus einer menschlichen Tugend eine treibende Kraft, ein bewegendes Element von reformatorischer, nach Umständen revolutionärer Tendenz«. Die Gerechtigkeit fordert ein proportionales Verhältnis zwischen Glückseligkeit und sittlichem Wert eines Menschen«[1]). Merkel[2]) spricht von einem unvertilgbaren Glauben der Menschheit an einen in irgend einer Weise bestehenden, in seiner Verwirklichung nicht auf den blinden Zufall gestellten objektiven Zusammenhang von Schicksal und Verdienst. Bergbohm, der die Gerechtigkeit mit der Rechtsidee gleichsetzt, sieht in ihr die Forderung »dass das Gleiche gleich, das Ungleiche ungleich in Beziehung auf Förderung und Hemmung, Vorteil und Strafe behandelt, alle subjektive Vorliebe und Abneigung dagegen unterdrückt werde« (a. a. O. S. 474). Der jüngste Schriftsteller über diesen Gegenstand, Gareis[3]), erblickt das Ideal der Gerechtigkeit nicht im Gleichmass bei der Zuteilung und Erhaltung der den Einzelnen dienenden Güter, sondern nur im Lust-, bezw. Unlustgefühl des Gemeinwesens. »Dies ist das Entscheidende auch in der Frage, ob die Standesverschiedenheit und die Vermögensverschiedenheit als gerecht oder als ungerecht zu bezeichnen seien, und das Lust- und Unlustgefühl richtet sich dabei nach dem Wohlbefinden des Gemeinwesens« . . . »Die Gerechtigkeit besteht also gegenüber den Anforderungen des Gemeinwohles an die Individuen darin, dass dem mit Rücksicht auf die Mit- und Nachwelt unseres Gemeinwesens sich bildenden Lust- und bzw. Unlustgefühl entsprochen werde«. In Anwendung auf ein Gesetz findet Gareis die Gerechtigkeit nur dann gegeben, »wenn es dem Grundsatze der Proportionalität zwischen Zweck (Ziel, Interesse) und Mittel (Einschränkungszwang) entspricht. Dies gilt sowohl im Verhältnis des Gemeinwesens zu den Einzelnen, als auch im Verhältnis der letzteren unter einander« (S. 21).

Im allgemeinen wird man finden, dass der Versuch einer begrifflichen Fixierung der »Gerechtigkeit« sich seit Jahr-

[1]) Rümelin, a. a. O. S. 264 f.

[2]) Ueber „Vergeltende Gerechtigkeit". Gesammelte Abhandlungen II, 1 S. 3; Ueber den Begriff des Gerechten daselbst II, 2 S. 608 ff.; ebenso in Holtzendorffs Enzyklopädie 5. Aufl. S. 22 ff.

[3]) „Vom Begriff Gerechtigkeit" (1907) S. 19.

Digitized by Google

tausenden wenig geändert nur im einzelnen je nach dem Stoff, zu dem sie in Relation gesetzt worden ist, Bereicherung und Vielseitigkeit erhalten hat. Ich gehe deshalb hier auch nicht auf die als bekannt vorauszusetzenden Auffassungen über Gerechtigkeit von KANT, HEGEL, EDUARD v. HARTMANN, PAULSEN, HÖFFDING und andern modernen Ethikern oder Metaphysikern ein.

Bei jeder Definition der Gerechtigkeit handelt es sich aber um ein juristisch nicht Greifbares, das der willkürlichen Auffassung Tor und Tür öffnet. Der Mangel an juristischer Fassbarkeit würde an sich noch kein unüberwindliches Hindernis sein, die Gerechtigkeit als obersten beherrschenden Grundsatz für die richterliche Ermessenstätigkeit anzusprechen; schon mehr die Tatsache, dass die Idee der zuteilenden oder ausgleichenden Gerechtigkeit eine philosophische, näher ethische ist, der es an einer allgemein anerkannten Formulierung auch nur innerhalb eines Staatswesens mangelt; hauptsächlich und wesentlich ist aber, dass die »Gerechtigkeit« jeder objektiven Normierung aus inneren Gründen spottet. Auch die Uebernahme der aristotelischen verhältnismässigen Gleichheit würde hier keine feste für alle Fälle massgebende Richtschnur bieten. Irrtümlich meint deshalb LOTMAR (S. 74), dass gerade mit der Forderung der verhältnismässigen Gleichheit ein objektiver den Dingen zu entnehmender Massstab gegeben ist. »Die Gerechtigkeit entscheidet nicht über das Dass und über das Was der Zuteilung, sondern nur über das Wieviel, wann dass und was zugewandt werden soll, bereits feststeht, sie ist nicht produktiv, sondern normativ, sie bildet also nicht eine Quelle, einen Motor des Rechts oder der Moral, sondern eine Richtschnur, einen Massstab, eine Wage«. Das Subjektive auch der aristotelischen Begriffsbestimmung verkennt dieser Autor schliesslich selbst nicht. Auch bei ihr »können im einzelnen Falle die Ansichten auseinandergehen, indem der eine Gleiches, der andere Ungleiches vorhanden, darum jener gleiche, dieser ungleiche Behandlung als gerecht geboten findet, und ebenso können sie, im erwähnten Punkte einig, noch darüber verschiedener Meinung sein, was in ihrem Falle als die beiderseits gewünschte Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung zu gelten habe. Was gegebenenfalls gerecht, was ungerecht

Digitized by Google

ist, lässt sich weder logisch, noch experimentell feststellen« (S. 75, 76). Dass auch das suum cuique tribuere als nur scheinbar juristische, in Wirklichkeit ebenfalls sittliche Auffassung versagt, ist längst erkannt worden. Die Zuteilung des jedem Zukommenden, Gebührenden bleibt immer nur ein erhabenes Postulat, kein verlässlicher, stets anwendbarer Massstab, wenn nicht durch einen konkreten Rechtssatz Menge und Art des Zukommenden, Gebührenden mit der für menschliches Können überhaupt erreichbaren Genauigkeit angegeben wird, wobei dann aber jenes Postulat genau besehen gegenstandlos gemacht wird und nur der Rechtssatz als Richtschnur bleibt, zumal eine Nichtübereinstimmung zwischen der abstrakten Gerechtigkeitsforderung und der in dem Rechtssatze konkretisierten Befugnis, Pflicht oder Ahndung gerade bei der subjektiven Auffassung über jene Forderung die Regel bildet. In dem Ausdrucke »Jedem das Seine« werden stets darüber, was das Seine, das ihm Gebührende ist, der Betrachtungsstandpunkt des Beurteilers, allgemeine und individuelle, jedenfalls nicht feststehende, sondern je nach Kultur, Zeit und Oertlichkeit wechselnde Anschauungen entscheiden. Man braucht dabei noch nicht einmal mit Lotmar zu einer deterministischen Auffassung zu gelangen, nach der auch das Zuzuteilende nicht existiert. Denn da »alle Handlungen der Menschen notwendige Ergebnisse sind, da ein Mensch nach seinem von Natur gegebenen oder durch sein bisheriges Tun und Leiden veränderten Wesen und unter den obwaltenden Umständen nicht anders zu handeln vermochte als er gehandelt hat, so kann ihm für diese Handlung nichts gebühren, weder etwas Gutes noch etwas Schlimmes« (S. 64). »Da niemandem etwas für seine ihm notwendigen Handlungen gebührt, niemand wegen derselben etwas verdient, kann die Gerechtigkeit in diesem Sinne gar nicht stattfinden« (S. 65). Wenn also der Richter für das freie Ermessen einen nach Menschenmöglichkeit objektiven Massstab braucht, so wird er diesen in der Gerechtigkeit nicht finden, weil diese selbst auf das schwankende Gefühl und nicht kontrollierbare, subjektive Gedanken gestellt und von ihnen bedingt ist. Der Richter müsste im letzten Grunde selbst bestimmen was gerecht, was dem Prinzipe der verhältnismässigen Gleichheit, der Relation von Verdienst und Schicksal, der Proportionalität von Glück-

Digitized by Google

seligkeit und sittlichem Wert eines Menschen oder seiner Handlung entspricht. Hätte der Richter danach unmittelbar Gerechtigkeit zu verwirklichen erstrebt — ohne Rücksicht auf einen positiven, ihn möglicherweise in dieser seiner Funktion beengenden Rechtssatz — so würde er, weil er eines objektiven Massstabes insofern entbehrt, — wie paradox es klingen mag — ungerecht gehandelt haben.

Es ist nicht überflüssig, zu betonen, dass überall hier nur von derjenigen Gerechtigkeit die Rede ist, die geeignet sein soll, dem Richter den letzten Massstab seines freien Ermessens zu geben. Es versteht sich von selbst, dass überall dort, wo freies Ermessen nicht in Frage kommt, wo lediglich eine einfache oder komplizierte logische Folgerung aus dem Obersatz (Tatbestand) nach Subsummierung unter einen Untersatz (Rechtsregel) genügt, um die Rechtsanwendung glatt durchzuführen, das Problem, ob der Richter der ethischen Gerechtigkeit gemäss gehandelt habe, garnicht auftauchen kann. Sonst würde man ja zu dem absurden Postulat kommen, dass die Gerechtigkeit des Richters in der gelegentlichen Nichtanwendung staatlich gebotener Vorschriften besteht. Mit dem, dessen Verwirrung einen solchen Grad erreicht hat, um dies zu fordern, kann ich mich nicht auseinandersetzen. Ebensowenig ist aber auch hier von der rechtsschöpferischen Gerechtigkeit die Rede, also von demjenigen Komplex ethischer Tendenzen, der v o r der Schaffung einer bestimmten Rechtsnorm liegt und auf eine Proportionalität im Sinne der angegebenen philosophischen Auffassung hinwirkt. Hier kommen die in unlösbarer Weise verwobenen ethischen, gesellschaftlichen, intellektuellen, beruflichen Ideen und Wünsche gewisser Volkskreise oder einer ganzen Nation zum Ausdruck, dasjenige, was man so mystisch »Volksüberzeugung« oder »Volksgeist« genannt hat. Wer könnte daran zweifeln, dass in mehr oder minder erheblichem Masse auch die auf Herbeiführung »verhältnismässiger Gleichheit« gerichteten Strebungen wirksam werden und in einer, freilich oft recht schwer kontrollierbaren Weise ihren Niederschlag im Gesetz, das hier jeder Rechtsnorm gleichsteht, finden können?[1]). Aber diese doch recht

[1]) Vgl. auch GIERKE, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 120 ff.; RICHARD SCHMIDT, Staatsrecht und Prozessrecht S. 12 ff.

Digitized by Google

subjektive, schöpferische Gerechtigkeit hat nichts zu tun mit der die Tätigkeit des rechtanwendenden Richters angeblich beherrschenden Gerechtigkeit. Er kann nur die allerdings höchst diffizile Aufgabe haben, die gelegentlich wohl offen zu Tage liegenden, vor dem Inkrafttreten der Norm einflussreichen Gerechtigkeitsideen zu beachten, um den Sinn des Gesetzes, die Absicht des Gesetzgebers klarzustellen. Diese Frage der Interpretation hat aber mit der nach dem letzten Massstab für das freie Ermessen nichts gemein.

Wie die Gerechtigkeit, so sind auch die von vielen ihr gleichgestellten in der Tat sehr schwer zu differenzierenden Begriffe »Rechtsgefühl«, »Rechtssinn«, »Rechtsbewusstsein«, »Rechtsidee«, »allgemeine Rechtsanschauung« ungeeignet, dem Richter in seiner schweren Aufgabe bei Ausübung des freien Ermessens zur Richtschnur zu dienen. Eine psychologische Zergliederung und ethische Wertung des Rechtsgefühls haben JHERING[1]), RÜMELIN[2]), BERGBOHM[3]), auch KUHLENBECK[4]) versucht. Niemand wird die Be-

[1]) Ueber die Entstehung des Rechtsgefühls (in der Wiener Allgemeinen juristischen Zeitung (1884) Nr. 11—15 und Zweck im Recht II, 2. Aufl. S. 107.

[2]) Kanzlerreden S. 49: „Die spezifischen und ersten Fragen, die das Rechtsgefühl setzt, sind: Wie würde dir der Fall erscheinen, wenn du an der Stelle des andern wärest, und wie wäre es, wenn alle so handeln wollten?" „Gleiche Fälle trifft die gleiche Regel." Dies ist das eigentliche Grundaxiom des Rechtsgefühls" (S. 57). Für die Rechtsanwendung treffen die feinen Ausführungen zu, die RÜMELIN über die Bedeutung des Rechtsgefühls für die Rechtswissenschaft prägt: „Das Rechtsgefühl wird nun zwar auf diesem ganzen Wege leitend oder begleitend, zustimmend oder abwehrend mitgehen, aber jene Kreuzungen der Rechtssätze sind so mannigfaltig, die Verschlingungen der Lebensverhältnisse so unabsehbar, zumal auf den höheren Gesittungsstufen, das Bedürfnis haarscharfer und präziser Unterscheidungen ein so dringendes, dass dem Rechtsgefühl auf dieser langen Bahn bald der Atem ausgeht und es von einem logisch-technischen Element abgelöst werden muss . . . Mit der Frage: was ist oder war tatsächlich geltendes Recht, hat das Rechtsgefühl nichts mehr zu schaffen; sie steht ganz unter dem Bann einer wissenschaftlichen Technik, unter dem Gesetz der Hermeneutik und historischen Kritik, wiewohl sich behaupten lässt, dass auch hier noch ein sympathisches Nachempfinden der rechtschaffenden Absicht des Gesetzgebers die grammatikalisch logische Deutung der Worte ergänzen kann (S. 64). Uebrigens setzt RÜMELIN Rechtsgefühl mit der Idee und dem Begriff des Rechtes gleich (S. 63).

[3]) a. a. O. S. 454 ff., 465 ff., 472 ff.

[4]) Zur Psychologie des Rechtsgefühls, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 1 (1907/8) S. 16 ff.

Digitized by Google

deutung jener Faktoren, ebenso wie die der Sittlichkeit oder religiöser Vorschriften auf die Entstehung der Rechtsnormen leugnen, obwohl die Möglichkeit einer exakten Erkenntnis ihres Einflusses nach dem heutigen Stande unseres wissenschaftlichen Denkens höchst problematisch ist. Sie stehen in derselben Reihe, wie der mystische Rechtstrieb, der Rechtsinstinkt. Aber dass sie keine Rechtsquelle sind, dürfte Bergbohm (a. a. O. S. 442 bis 479) wohl endgültig dargetan haben. Sind sie es nicht, so können sie weder für die richterliche Rechtsanwendung im allgemeinen, noch für die hierbei notwendig werdende freie Ermessenstätigkeit die Rolle eines positiven, rechtlich relevanten Massstabes spielen. Das wesentlichste aber ist, dass sie ebenso wie der Begriff der Gerechtigkeit auf einem Gefühl oder auf Gefühlen, beruhen, und dass sie deshalb nicht nur für die positive Rechtswissenschaft, wie Kuhlenbeck a. a. O. sagt, sondern auch für die richterliche Handhabung des Rechts nur ein asylum ignorantiae sind. Wenn die Justiz zur Aufgabe die Verwirklichung des Rechts hat, so wird auch eine auf Grund des Gefühls beruhende Tätigkeit nicht Rechts verwirklichung sein. Wenn Pflege der Gerechtigkeit mit eine Aufgabe der Justiz sein soll, so wird die jede subjektive Willkür ermöglichende Berufung auf »verhältnismässige Gleichheit«, »Rechtsgefühl«, »Rechtssinn« usw. unmöglich die Erfüllung dieser Aufgabe darstellen. Dies und nichts anderes aber will die »freie Rechtsschule«, die freilich auf Oskar Bülow zurückreicht[1]), deren temperamentvollster, und wohl auch einseitigster Vertreter Gnaeus Flavius (Der Kampf um die Rechtswissenschaft 1903) einen Sturm auf die letzte Bastion der Scholastik voraussagt, den Ausdruck »freies Recht« nach der Analogie von freireligiös geprägt hat. Er will darunter ein neues Naturrecht, das des 20. Jahrhunderts verstanden wissen. Man suche ein Recht, dessen Geltung unabhängig sei von jeglicher Macht, ja es wird behauptet, dass ein solches schon in Anwendung bestehe zur Ergänzung, Bewertung, Fortbildung und Umstossung des staatlichen Rechtes; dass zwar kein Recht von Natur bestehe, sondern nur, wenn und insoweit eine Macht, ein Wille, eine Anerkennung hinter ihm steht. Aber diese Macht, dieser Wille, diese Anerkennung müsse

[1]) „Gesetz und Richteramt" 1883. Bülow hat jüngst versucht, die Geister, die er rief, von sich abzuschütteln. „Das Recht" 1906 S. 769 ff.

Digitized by Google

nicht staatlich sein. Das freie Recht bereite erst den Boden, da es staatlichem Rechte vorangehe. Fast alle gesetzgeberischen Gedanken hätten vorher als Sätze freien Rechtes existiert. Nur freies Recht mit der Spontaneität seiner Entscheidungen und der gefühlsmässigen Deutlichkeit seiner Inhalte des einzelnen Falles, kann die Ausfüllung der Lücken bringen und habe sie in der Tat stets gebracht. Und es ist bezeichnend, dass es da heisst: »Die freie Rechtschöpfung dient der Gerechtigkeit. Nur wo statt unfruchtbaren Tiftelns ein schöpferischer Wille neue Gedanken zeugt, nur wo Persönlichkeit ist — ist Gerechtigkeit«[1]).

Wer mit mir weder den Begriff der »Gerechtigkeit« an sich, — weil das unter ihm vorgestellte Ideal nur subjektive Wertungen zulässt, — noch das »Rechtsgefühl« als letzten Massstab für die richterliche Tätigkeit ansieht, wird die Hauptforderungen der »freien Rechtsschule«, — deren Absichten ich ebenso, wie die über sie bestehende Literatur als bekannt voraussetzte, — ablehnen müssen. Sie verwirrt nicht nur die bisherige Auffassung von der Gesetzanwendung durch den Richter, ohne etwas Brauchbares an die Stelle zu setzen; sie verwickelt nicht nur die Lehre von dem freien Ermessen, indem sie dessen Grundlage auf unkontrollierbare Gefühle stützt und für sein Anwendungsgebiet praktisch verwendbare Grenzen zu geben überhaupt nicht vermag; sie türmt auch die Schwierigkeiten, welche sich durch die Zuweisung grösserer Selbständigkeit an den Richter durch das BGB. ergeben haben; sie trägt endlich bei zu einer unleidlichen Verwischung der Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung, indem sie letzten Endes den Richter, der Art und Weise der Handhabung nach,

---

[1]) a. a. O. S. 47; vgl. auch RADBRUCH, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik Bd. 22 (1906), S. 355 bis 370. Der fast überquellende Reichtum an Schriften über die freie Rechtsschule hat nun auch einen äusserst fleissigen Berichterstatter gefunden in ANDREAE, Moderne Prätuur? Beschouwingen over het jongste verleden en de naaste toekomst van wetstoepassing en rechtshervorming. Haarlem 1907. Es sind hier schlechterdings wohl alle bis zum Erscheinen des Buches publizierten Arbeiten zu unserem Gegenstande berichtet (Frankreich, Belgien, Italien, Oesterreich, Nordische Lande, Deutschland, Schweiz, Niederland). Die Slotbeschouwingen geben freilich nichts Originelles. Auch im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 31, 1907, S. 296 bis 314 findet sich eine ausgezeichnete Rundschau von HEDEMANN, Jena.

Digitized by Google

mit denselben Funktionen bedenkt, wie sie im Rechtsstaate von dem Verwaltungsbeamten geübt werden. Von ihrer sorglosen Kühnheit, den Gesetzgeber gelegentlich zu gunsten des Richters abdanken zu lassen, wird noch die Rede sein. Ueber diese Stellungnahme hinaus kann es jedoch hier nicht meine, freilich recht verlockende, Aufgabe sein, im einzelnen die Irrtümer der freien Rechtsschule zu kennzeichnen. Die Gegner haben sich schon zahlreich eingefunden, Schattierungen der Ansichten und Grundauffassungen gibt es schon in Hülle und Fülle. Ich hoffe zuversichtlich, es wird sich die ganze Bewegung auf der Resultante der zahllosen Kräfte zu einem massvollen Ziel durcharbeiten, das in der Bekämpfung von Ausschreitungen liegt, welche sich die Begriffsjurisprudenz zweifellos hat zuschulden kommen lassen. Jene »freie« Schule (wenn man zahlreiche im einzelnen unter sich divergierende Ansichten, welche hier in Frage kommen, so kennzeichnen darf), hat ein Verdienst in dem Ansturm gegen den Aufbau von rein formallogischen juristischen Gebäuden, die mit mathematischer Genauigkeit geschaffen, möglicherweise in sich Wahrheitsgehalt und, indem die verschiedenen Teile sich gegenseitig stützen, genügende Schwerkraft haben, die aber einer Beziehung zu den tatsächlichen Erscheinungen des wirklichen Lebens vielfach ermangeln. Aber diese Mängel liegen z. T. in der Ausbildung der Juristen, in dem Fehler, soziale Lebensverhältnisse falsch zu bewerten und in der noch immer mangelnden vollständigen Gleichberechtigung des öffentlichen Rechts im Universitätsunterricht, das ein heilsames Gegengewicht für weltfremde juristische Abstraktionen und Konstruktion abgibt. Nicht aber liegen jene Fehler in dem Wesen der Rechtsbildung und der Rechtswissenschaft. Die Jurisprudenz ist nun einmal, und wird es in alle Ewigkeiten bleiben, eine konstruktive und dogmatische[1]); sie muss all ihr Können, all ihre historische Forschung, all ihren

[1]) Stampe, Unsere Rechts- und Begriffsbildung, 1907, hat seine zerstreuten kleinen Aufsätze, um einen noch ungedruckten bereichert, gesammelt. Der Makel, den er der „Rechtsfindung durch Konstruktion“ anhängen will, ist nicht vorhanden. Wie man ohne Konstruktion u. Dogmatik Rechtswissenschaft treiben und Rechtspflege üben soll, hat Stampe nicht gezeigt — „Interessenwägung“ kann auch, wenn sie im positiven Rechtsgedanken liegt, mit der „Konstruktion“ wohl vereinbar sein. Verderblich ist aber die Auffassung „dass dem Richter nicht nur die Befug-

Digitized by Google

durch verfeinerte Technik unterstützten Scharfsinn darauf verwenden, den einer rechtlichen Regelung bedürftigen Lebenserscheinungen die ihnen wirklich entsprechenden Formeln zu finden, also die Kunst üben, in Begriffe nach menschlicher Fähigkeit einzufangen, was das Leben in seinen Wirklichkeiten bietet, um diese letzteren mit Hilfe der gewonnenen rechtlichen Merkmale regeln und meistern zu können. An diesem Eckpfeiler juristischen Wesens wird auch die neueste Bewegung nichts ändern können. Sie wird allenfalls dahin führen — und ich sehe darin keinen Nachteil — dass aus ihrem Radikalismus, der die vom Staate gesetzte Rechtsnorm »im Bedürfnisfalle« ganz beiseite schieben will, einerseits, und aus der teilweisen Verknöcherung in der Begriffsjurisprudenz andererseits ein Kompromiss sich ergeben wird. Auf dem Vermittlungswege treffen sich dann: Der allein zur Rechtsnormenschaffung berechtigte Gesetzgeber, der aber den Lebenserscheinungen im Sinne unserer modernen wirtschaftlichen, sozialen, Familien- und Sittlichkeitsverhältnisse immer gerecht werden muss, mit dem forschenden Gelehrten, der die Arbeit des Gesetzgebers vorbereitet, den Sinn seiner geschaffenen Vorschriften zu ermitteln und diese auch für die Rechtsprechung hilfreich darzubieten sucht. Und als Dritter im Bunde gestellt sich ihnen zu der Richter, der, weniger einseitig vorgebildet als heute, den ganzen Komplex unserer Rechtseinrichtungen, die Zusammenhänge unserer Rechtsordnung überschaut und dann den tiefsten Beweggründen und Tendenzen des Gesetzes nachgehend im Sinne dieses Gesetzes die etwa auftauchenden Lücken auszufüllen bestrebt ist.

Damit habe ich schon ausgesprochen, dass den letzten Massstab für die richterliche Tätigkeit die Rechtgemässheit bildet und nur in der Anerkennung dieser Richtschnur eine »Gerechtigkeit« im Sinne einer menschlichen, d. h. irdischen Rechtsordnung gefunden werden kann. Alles andere führt in die Irre, setzt einen persönlichen Massstab an die Stelle des sachlichen. Hierher rechne ich alle Formen des Naturrechts, die heute noch — besser: wieder — mit grosser Energie am Werke sind; hierher rechne ich das »richtige Recht«, das nicht vom Staate gesetzt ist, sondern subjektiv kon-

nis zur Ergänzung des Gesetzes, sondern unter angemessenen Kautelen auch die Macht zur Aenderung des Gesetzes gebühren müsse."

Digitized by Google

struiert, wie es »sein sollte«[1]). Ebenso irrtümlich ist auch, sich an »Kulturnormen« halten zu wollen, die allein nach Ernst Max Mayer (in seinem geistvollen Buche über »Rechtsnormen und Kulturnormen«, 1903) von Nichtrichtern übertreten werden können, während die Rechtsnormen nur für den Richter Geltung haben dürfen. Ihm hat schon August Thon in Jherings Jahrbüchern, Bd. 50 S. 12 ff. erwidert. Solange eine unbedingte Kongruenz zwischen den vom Staat gesetzten Normen und den doch vielfach nur subjektiv und willkürlich zu fassenden Kulturnormen besteht, kann diesen letzteren nicht in unserer Rechtsordnung die von Ernst Max Mayer gewünschte ausschliessliche Bedeutung zugemessen werden. Verführt wurde er zu seiner Theorie, die freilich schon bei Jhering anklingt, durch die Tatsache, dass es niemanden gibt, der das ganze Rechtssystem bis in seine Einzelheiten kennt, und dass es deshalb manchem widersinnig erscheint, diese Rechtsnormen auch für den Nichtrichter gelten zu lassen. Es ist dieses Problem des »Normenadressaten« auch von Hold v. Ferneck in seinem bekannten Werke über »Die Rechtswidrigkeit« 1903/05 gestreift und auch hier zu einem unsere bisherigen Begriffe auf den Kopf stellenden Ergebnisse geführt worden. All dem gegenüber behaupte ich: Lediglich das positive, objektive Recht ist es, das für den Richter in Frage kommt; w i e er es findet, als Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht, in den Formen der Analogie, durch Interpretation der verschiedensten Art, das ist s e i n e Sache. Die Lehre von den Rechtsquellen und die noch sehr im argen befindliche Methodologie sind es, die dem Richter helfen müssen, damit er antworten kann auf die Frage, was positives R e c h t ist, dem g e m ä s s er zu verfahren hat. Ich verkenne nicht, dass gerade diese Tätigkeit, die auf die Findung des objektiven Rechtes oder auf die Feststellung

[1]) Natürlich denke ich hier an Stammlers Arbeiten: Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, Festgabe f. Windscheid 1888; Wirtschaft und Recht, 2. Aufl. 1906; Die Lehre vom richtigen Recht, 1902; Wesen des Rechts- und der Rechtswissenschaft, bei Hinneberg, Systematische Rechtswissenschaft 1906 S. 1—60; Die grundsätzlichen Aufgaben der Juristen in Rechtsprechung und Verwaltung Verw.Arch. Bd. 15 (1907) S. 1 ff. Vgl. auch jüngstens seinen Schüler Graf zu Dohna: Die Problemstellung der kritischen Rechtstheorie in ihrem Gegensatz zum Naturrecht und zur historischen Rechtsschule. Internat. Wochenschrift vom 21. Dez. 1907 S. 1200 ff.

Digitized by Google

einer Lücke geht, vielfach auf dem Gebiete des freien Ermessens sich ausleben wird. Scheint es nicht da, als ob das Problem durch ein Hintertürchen hereinschleicht, nachdem man es durch die Vordertür ins Freie gesetzt hat? Dem Rechte gemäss, an das ihn Gerichts- und Staatsverfassung binden, soll der Richter handeln; aber was Recht ist, kann zuweilen nur mit weitgehender Freiheit der geistigen Arbeit festgestellt werden. Und doch liegen hier nur vor meinerseits keineswegs verkannte, aber das Problem nicht berührende sachliche Schwierigkeiten, die das wissenschaftliche Denken zu beseitigen haben wird; nicht aber ist ein Widerspruch gegeben. Denn es kommt darauf an, dass, wie hier angenommen wird, der Richter, mit allen Mitteln der juristischen Technik ausgerüstet, seine gesammelte Kraft einsetzt, um die im Recht (Gesetz, Verordnung usw.) liegende Norm, wenn sie nicht ohne weiteres anwendungsbereit ist, klarzustellen, einen latenten Rechtssatz, einen allgemeinen Rechtsgedanken ans Licht zu rücken, auf allen Wegen nicht s e i n e n, des Richters, sondern des Gesetzgebers Willen durchzuführen; ein anderes ist es, wenn dem Richter von vornherein gestattet wird, nach seinem sozial-ethischen spontanen Gefühl das Recht zu suchen und es nach Belieben auch zu ersetzen; wesentlich ist, was hier verfochten wird, dass es dem Richter nur als ein Notfall, eine äusserste Ausnahme, eine bedauerliche Unvollständigkeit erscheint, wenn in einem konkreten Falle beim besten Willen nicht mit dem positiven Rechte, wie es buchstäblich gemeint ist, auszukommen ist, vielmehr eine freie, mit mehr oder minder grosser Kühnheit interpretierende Tätigkeit vorzunehmen ist; und es ist ein anderes, wenn umgekehrt das »spontane Gefühl« und die »soziale Gerechtigkeit«, — die beide nach Ursprung, Stand, Gesellschaftsschicht, Bildungskreis, Vermögenslage des Entscheidenden sehr verschieden sein müssen, — für den Richter primär als Richtschnur bezeichnet werden, wenn jene dem objektiven Rechte nicht bloss gleich- sondern vorberechtigt, demnach eventuell auch rivalierend zur Seite stehen; und es ist endlich durchschlagend, ob, wie ich es in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der Gerichts- und Staatsverfassungen verlange, der Richter dort, wo objektives Recht dem Wortlaute nach zur Entscheidung eines Falles nicht zu finden ist, wo auch weder

Digitized by Google

durch Interpretation oder Analogie, noch durch Erkennung eines allgemeinen Rechtsgedankens eine juristische Regelung sich ergibt, einfach einen rechtsleeren Raum konstatiert; oder ob, was ich für unzulässig halte, der Richter gerade hier erklärt: Wo das Gesetz schweige, müsse er sprechen, hier liege ein weites Feld seiner schöpferischen Tätigkeit.

So dürfte sich klar ergeben, dass die letzte Aufgabe des freien Ermessens des Richters die Rechtsgemässheit ist und nicht die Herstellung einer sogenannten Gerechtigkeit, die, wie gezeigt wurde, für die Rechtsanwendung lediglich eine Phantasmagorie ist. Dieses freie Ermessen ist bei der rechtsprechenden Tätigkeit in Zivil- und Strafsachen jedesmal nur ein Mittel zur Herstellung einer rechtgemässen Entscheidung; niemals eine Handhabe, um über den Gesetzgeber hinaus zu wachsen und neue Rechtsnormen zu schaffen, die nicht in der Richtung der bisherigen, bereits festgelegten Rechtsnormen liegen. Auch für die Interpretation gibt es Vorschriften und Grenzen. Die Auslegung des Gesetzes darf nicht in Willkür ausarten, sie muss, mag sie Wortinterpretation oder logische sein, ausdehnende oder einschränkende, immer sich bemühen, den wirklichen Sinn des Gesetzes zu ergründen. Der eigene Wille des Richters muss daher identisch mit dem des Gesetzes sein, und es darf der Richter nicht einen unvernünftigen Rechtssatz korrigieren wollen; er darf an ihm in seiner Entscheidung nichts ändern, auch wenn er ihn für schädlich oder unnütz hält. Auf die Spitze getrieben kann man sagen: Ein Richter, der einen vernünftigen Satz anwendet, dessen Gegenteil im Gesetz steht, ist ein ungerechter Richter; dagegen ein solcher, der einen unvernünftigen, dem praktischen Sinn widerstrebenden Rechtssatz, der im Gesetz ausdrücklich steht, zur Anwendung bringt, ist ein gerechter Richter. Verletzt der Richterspruch, wie in einem solchen Falle leicht möglich, das Rechtsgefühl, so liegt das an den Rechtsnormen, die dem Urteil zugrunde gelegt werden mussten. Es ist eine Frage der Gesetzesänderung mit Notwendigkeit gegeben. Dagegen darf der Richter nicht Gesetzgebungspolitik treiben oder gar sich über den Gesetzgeber hinaufzuschwingen suchen. Selbst dort, wo die neuere Gesetzgebung der richterlichen Tätigkeit einen gewissen, nicht allzu engen Spielraum gibt (siehe oben S. 466), ist die Regel

Digitized by Google

festzuhalten, dass eine an die Rechtsnorm prinzipiell gebundene Gesetzesanwendung zum Wesen der Judikatur gehört. Das Ziel, das dem Gesetzgeber etwa bei der Einräumung eines freien Ermessens hinsichtlich der Konventionalstrafe vorschwebt, ist auch nur die Verwirklichung eines Gedankens, der am letzten Ende auf die durch rechtgemässe Handhabung zu verwirklichende Gerechtigkeit hinausläuft. Vermag der Gesetzgeber nicht alle Fälle des Rechtslebens gleichmässig im voraus zu berücksichtigen, so will er deshalb durch die Einräumung einer gewissen Latitude nicht subjektiver Willkür oder Zweckmässigkeitsprinzipien dienen, sondern nur der Rechtsgemässheit, deren Durchführung dann Gerechtigkeit bedeutet. Es sei aber, um in diesem Punkte kein Missverständnis zu erzeugen, durchaus als meine Meinung hervorgehoben, dass die Justiz schöpferisch wirken kann. Der Gerichtsgebrauch ist eine besonders neuerdings sehr bedeutsame Rechtsquelle. Aber immer muss diese schöpferische Tätigkeit sich vollziehen in Auslegung oder Erweiterung d e s Rechtsgedankens, der in der gesetzlichen Vorschrift oder in der Rechtsordnung überhaupt niedergelegt ist, aus ihr ermittelt werden muss. Die schöpferische Funktion der Rechtsprechung darf aber nicht Zweck sein, sondern muss sich ungewollt dadurch ergeben, dass eine im Sinne der Rechtsgemässheit gehandhabte richterliche Tätigkeit eine bestimmte, im Gesetz bereits vorgebahnte oder angedeutete Richtung nimmt, um dann schliesslich als ein neues und eigenes Rechtsprodukt dazustehen. Der einzelne konkrete Fall darf nur diesem Gedanken der Rechtgemässheit entsprochen haben; der Gerichtsgebrauch ist eine Addition rechtgemässer, in der Entwicklungslinie des objektiven Rechtes hervorgebrachten Rechtsprüche[1]).

[1]) Max Rümelin, Bernhard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft 1907 S. 22. „Wenn er (Windscheid) hervorhebt, dass die Auslegung nicht bloss die Aufgabe habe, den w i r k l i c h e n d. h. empirisch nachweisbaren Willen des Gesetzgebers gegenüber einem mangelhaften Ausdruck zur Geltung zu bringen, sondern auch das Recht, den e i g e n t l i c h e n Gedanken desselben hervorzuziehen, die unfertigen Gedanken zu Ende zu denken, so ist damit schon ein weites Feld für eine in Wahrheit schöpferische Tätigkeit der Rechtsprechung, bei der Wissenschaft und vorangegangene Praxis den Weg weisen können, gegeben. Damit aber nicht genug. Windscheid fügt noch hinzu, dass die Lücken, die sich in einem Rechtsganzen ergeben, eben aus dem Geist des Rechts-

Digitized by Google

Nach alle dem ergibt sich die Notwendigkeit einer terminologischen Festlegung des Begriffs »freies richterliches Ermessen«. Diese ist schon erforderlich zur Abgrenzung gegenüber der subjektiven geistigen Tätigkeit überhaupt, die bei dem logisch juristischen Schluss niemals ausgeschaltet werden kann, auch bei jeder Interpretation eine Rolle spielt. Nach meiner Ansicht umfasst der Ausdruck »freies richterliches Ermessen« — wobei der Verwaltungsrichter hier ausscheidet — drei Dinge, die miteinander in engster Verbindung stehen und von denen die zwei ersten immer gleichzeitig vorhanden sind: Eine Befugnis, eine Funktion und eine Schöpfung. Einmal eine Befugnis, die bedingt ist durch die aus der Gerichts- und Staatsverfassung sich ergebende Pflicht rechtgemässer Entscheidung — ohne dieses in gewissen Fällen unentbehrliche freie Ermessen kann eben solcher Pflicht nicht genügt werden —; dann diese Funktion selbst, deren Inhalt je nach den verschiedenen Tätigkeitsarten des Richters wech-

---

ganzen auszufüllen seien, dass auch hier noch die Möglichkeit bestehe, die eigentlichen Gedanken der ganzen Rechtsordnung zur Entwicklung zu bringen." Ich sehe in diesen Sätzen eine starke Stütze meiner Ansichten im Text. Trotz mancherlei Aussetzungen an der Formulierung findet RÜMELIN S. 23 in jener Ausführung WINDSCHEIDS noch einen Ausdruck der seines Ermessens richtigen Auffassung, dass Wissenschaft und Praxis die Fortbildung des Rechts zunächst vorzunehmen haben unter möglichstem Anschluss an die im Gesetz und im Gewohnheitsrecht festgelegten Interessenabwägungen. Man wolle hierzu meine Bemerkung gegen STAMPE oben S. 489 Anm. vergleichen. — „Für WINDSCHEID ist die Enthüllung der eigentlichen Gedanken der Rechtsordnung die äusserste Grenze, bis zu der man vorgehen darf. Wiederholt lehnt er auf das entschiedenste ab, dass etwa aus der Natur der Sache, dem Verkehrsbedürfnis, Recht geschöpft oder die Billigkeit mit dem Recht verwechselt werde." RÜMELIN a. a. O. S. 24 ff., dessen Kritik dieser zu engen Auffassung (zu weit geht dagegen SCHMÖLDER, Die Billigkeit als Grundlage d. bürg. Rechts, 1907) im Grossen Ganzen zugestimmt werden kann, verweist auf den Fall, dass auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts dem Richter zwar anbefohlen wird, jeden bei ihm prozessordnungsgemäss anhängig gemachten Fall zu entscheiden, dabei aber bezüglich des anzuwendenden Privatrechts keinerlei auch nur annähernd ausreichende Normen aufgestellt sind. Hier liegt m. E. zweifellose Delegation zum freien Ermessen für den Richter vor. (Vgl. oben S. 478 meine „Zulassungstheorie"). Wenn „mehrere Möglichkeiten innerhalb der vom Gesetz aufgestellten Entscheidungsnorm übrig bleiben" (RÜMELIN S. 26), so ist jede dieser Möglichkeiten vom Richter nach freiem Ermessen zu prüfen und eine, die er wählt, ist jedenfalls „im Sinne des Gesetzes". Vgl. oben S. 475 zu D.

Digitized by Google

selt. Sie kann, abgesehen von der freien Beweiswürdigung im Prozess, bestehen in der durch Sammlung der zerstreuten Elemente erfolgenden Feststellung des rechtlich erheblichen Tatbestandes; in der Konkretisierung der sog. Ausfüllungsbegriffe (siehe oben S. 469 ff.); in der Prüfung, ob überhaupt eine rechtliche Regelung für den bestimmten Fall gegeben, oder ein rechtsleerer Raum vorhanden ist: ferner, was ein zur Anwendung bestimmter Rechtssatz bedeutet, oder welche die nicht ohne weiteres aus der gegebenen juristischen Norm ersichtliche Absicht des Gesetzgebers ist usw.[1]). Zur Schöpfung aber führt diese Funktion, wenn sie, hinausgehend über die rein logisch formale Schlussfolgerung, bei welcher die Rechtsregel der Obersatz, die Tatsache der Untersatz ist, die Fällung einer im Sinne der Rechtsgemässheit gerechten Entscheidung bewirkt, unter gesetzgewollter Berücksichtigung der Verkehrs-, Wirtschafts-, Sittlichkeits- usw. Verhältnisse, demnach in wohlverstandener Anwendung und etwa notwendiger sinngemässer Erweiterung positivrechtlicher Vorschriften.

So zeigt es sich, dass die herrschende Lehre, wonach die Rechtsprechung »Recht und Gerechtigkeit« zu verwirklichen hat, nur dann richtig ist, wenn wir den Begriff der Gerechtigkeit entweder ausgeschalten oder mit Rechtgemässheit identifizieren. Die Entscheidung nach einem letzten Massstab »Gerechtigkeit« ist nur der Deckmantel für subjektive Willkür, mag sie im einzelnen Falle noch so menschenfreundlich oder der Weiterbildung der Rechtsordnung förderlich gedacht sein. »Gerechtigkeit« als letzte Aufgabe der Justiz — wenn sie nicht mit Rechtgemässheit gleichgestellt sein soll — ist höchste jedes objektiven Masses entbehrende Ungerechtigkeit.

Die grosse Schar unjuristischer, naturrechtsphilosophischer, metaphysischer Betrachter wird all dies als Kränkung einer heiligen Sache empfinden. Dagegen werden sich alle die mir anzuschliessen haben, die nicht glauben, dass irgend ein übermenschliches, in diesem Sinne göttliches durch Inspiration vermitteltes Recht für die irdischen Dinge de lege lata den Massstab abgibt, sondern dass nur das von Menschen in aller Unvollkommenheit und Begrenztheit geschaffene, staatliche Recht Wirksamkeit haben darf. Ebenso werden mir zuzustimmen

[1]) Vgl. die verschiedenen Formen des freien Ermessens oben S. 466 ff.

Digitized by Google

haben alle diejenigen, die es für unzulässig halten, irgendein »seinsollendes« Recht, das gemessen ist an ethischen, sozialen, religiösen und sonstigen für die Schaffung des zukünftigen Rechtes gewiss zugelassenen Massstäben, mit Hilfe richterlicher »Freiheit«, als wäre es bereits geltendes Recht, in unsere Rechtsordnung einschmuggeln zu lassen. Mit aller Energie muss der Missbrauch, der mit dem »freien richterlichen Ermessen« zu solchem Zwecke getrieben wird, zurückgewiesen werden.

Aber auch derjenige Teil der herrschenden Lehre, der zutreffend die Aufgabe der Justiz in materiellem Sinne in der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung durch strenge Bindung an Rechtssätze sieht, bedarf einer aus allem Vorhergehenden sich leicht ergebenden Erweiterung und Umdeutung. War doch zu der Zeit, als die Rechtslehre diese Idee formulierte (vgl. z. B. oben S. 451 ff.), der Gedanke des freien Ermessens des Richters nicht mit in Rechnung gestellt worden; man hatte weder eine klare theoretische Auffassung von der Rechtsanwendung, die nicht nur in der mechanischen gewissermassen clichéförmigen Gesetzvollziehung sich erschöpfen darf, noch hatte man die Pflicht des Richters zur Rechtsgebundenheit, die die Kehrseite seiner verfassungsmässigen Unabhängigkeit darstellt, irgendwie mildern zu müssen oder zu dürfen geglaubt. Auch hatte man natürlich nicht die wachsende Kompliziertheit unserer Lebens- und Rechtsverhältnisse voraussehen und deshalb auch nicht erkennen können, dass diese das freie Ermessen bis zu einem gewissen Grade notwendig machen (vgl. oben S. 464 ff.); man konnte natürlich auch nicht die neuen Gesetze vorahnen, die ausdrücklich den Richter auf eine Ermessenstätigkeit hinweisen. Demnach bedeutet die Ausdrucksweise »durch strenge Bindung an Rechtssätze« heute etwas anderes, weniger Starres, weniger Einseitiges als noch in der Mitte und im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts: Damals musste Rechtsgebundenheit und freies Ermessen als etwas durchaus Gegensätzliches erscheinen, dieses letztere als eine nur der Verwaltung eigene Betätigungsform seiner Wesenheit nach der Justiz fremd erscheinen. Heute wissen wir, dass innerhalb der Grenzen der Rechtgemässheit auch für dieses freie Ermessen Raum ist und sein muss, ohne die letzten Aufgaben der Rechtssprechung als sol-

Digitized by Google

cher zu gefährden. Aber auch das radikale überkühne Extrem ist abgelehnt, das, indem es eine Beschränkung durch das positiv gegebene Recht nicht immer anerkennt, einem abstrakten Gerechtigkeitsideale oder einer vermeintlich »praktischen« Erledigung nachjagt und hierbei die feste Grundlage der Rechtgemässheit verliert.

Diese Untersuchung würde aber unvollständig sein, wenn nicht dargetan würde, dass die Funktion und letzte Aufgabe des freien Ermessens bei der Verwaltung eine ganz verschiedene ist wie in der Rechtsprechung. Darauf, dass das freie Ermessen hier wie dort nicht gleichartig ist und worauf dies beruht, ist nunmehr einzugehen. Wie steht es mit dem freien Ermessen in der Verwaltung und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit?

VI.

Die Verwaltung als die Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke *unter* der Rechtsordnung, soweit es sich nicht um Gesetzgebung und Rechtsprechung handelt, besitzt eine durch die wechselnden Bedürfnisse des täglichen Lebens bedingte Mannigfaltigkeit, die — es ist dies eine uralte Erfahrung — eine Bindung an Gesetz und Verordnung nicht überall zulässt. Das letzte Prinzip der Verwaltung kann daher nimmermehr die »Rechtsgemässheit« sein. Ob aber auch die »Zweckmässigkeit«, »Angemessenheit«, wie das die herrschende Lehre meint? Gewiss ist anzuerkennen, dass die Verwaltung in der Regel mit der speziellen Rechtsnorm und der Devise »gleiches Recht für alle«, oder »Jedem das Seine« einfach nicht auskommen kann. Sie muss die Interessen der beteiligten Kreise, die sich in der verschiedensten Weise bedingen, kreuzen und widerstreben, abwägen, *ermessen* im Interesse der Gesamtheit, nicht im Interesse der einzelnen Handelnden, oder zahlenmässig abgeschlossener gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Gruppen. Finden wir aber nicht die der Rechtsprechung eigentümliche Rechtsgebundenheit auch in der Verwaltungstätigkeit wieder? Es gibt eine nicht geringe Anzahl von Akten, die dem Verwaltenden eine gebundene Marschroute vorschreiben und dem freien Ermessen kaum einen Spielraum lassen. Vorausgesetzt, dass hinsichtlich des Tatbestandes Zweifel nicht bestehen, bleibt an »freier« Tätigkeit kaum etwas übrig bei Anwendung etwa des Zoll-

Digitized by Google

tarifgesetzes vom 25. Dezember 1902, des preuss. Einkommen- und Ergänzungssteuergesetzes vom 19. Juni 1906, des Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893, des Personenstandsgesetzes vom 12. Februar 1875, bei zahlreichen Vorschriften des Landesverwaltungsgesetzes vom 30. Juli 1883, des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August desselben Jahres und der meisten Kreis- und Provinzialordnungen. Dasselbe gilt von vielen Bestimmungen der Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherungsgesetze und von den den Arbeiterschutz betreffenden Vorschriften der Gewerbeordnung[1]). Es gibt in der Tat in der heutigen Verwaltung Fälle, in denen die Verwaltung bloss Vollziehung ist und nichts weiter (vgl. oben S. 456). Dies hängt aber wieder zusammen mit der Idee der Unterordnung der Verwaltung unter die Rechtsordnung. Das ist aber nichts anderes, als der Gedanke des Rechtsstaates[2]). Widerspricht es aber nicht dem Wesen der Verwaltung, dass sie in jedem Betracht an die Rechtsordnung, an das Gesetz gebunden sein soll? Muss die Verwaltung in der Regel die allgemeinen »für alle, die es angeht« geltenden Rechtssätze nicht als Fessel empfinden? Wenn man dies bejaht, wo ist der Ausweg aus diesem Dilemma? Er wird nur gefunden werden können in einer richtigen Auffassung und Ausgestaltung der Lehre von dem freien Ermessen. Es ist einerseits der Rechtsstaat eine entwicklungsgeschichtliche Tatsache, dessen Prinzip nicht aus der Welt geschafft werden kann und soll. Anderseits ist der Grundsatz der zweckmässigsten Erledigung der Verwaltungsgeschäfte ohne starke Bindung an Rechtssätze unverlierbar. Es gilt eine Mittellinie zu finden, auf der sich beide Prinzipien vereinen können. Wir müssen festhalten: Ganz ausserhalb der Rechtsordnung darf die Tätigkeit der Verwaltung nicht liegen. Aber innerhalb der Rechtsschranken

[1]) Das Reichsgericht spricht mehrfach aus, dass sich kaum ein Beamter denken lasse, welchem nicht eine gewisse selbständige Wirksamkeit innerhalb gewisser, mehr oder weniger weit gezogener Grenzen beiwohne. Es gibt viele Behörden, welche lediglich die gesetzlichen Folgen auf den gegebenen Tatbestand anzuwenden haben, ohne dass ihnen ein Ermessen im eigentlichen Sinne des Wortes zustände (Entsch. in Strafs. Bd. 8 S. 97, 25 S. 142, 27 S. 360, 29 S. 27. In Zivils. Bd. 10 S. 168).

[2]) Um ein Missverständnis hinsichtlich dessen, was hier gemeint ist, auszuschliessen, verweise ich auf meinen Aufsatz „Der moderne Rechtsstaat," in der Zeitschrift Gesetz und Recht 1907, S. 325 ff.

Digitized by Google

hat die Verwaltungstätigkeit einen weiten Raum. Die Rechtsordnung ist die weite allgemeine Grundlage der Verwaltung, die je nach der Zeit, den Grundansichten über den Staat und den Verwaltungsmaterien zu der mehr oder minder engen Schranke wird, die jeweilig näher rückt und wieder auseinander gezogen wird, ohne die praktische Durchführung der Aufgaben der Verwaltung hindern zu dürfen. Deshalb ist die Grenze, die der Verwaltung durch das Gesetz gezogen ist, sehr verschieden geregelt, es handelt sich um eine Frage der quantitativen Beeinflussung, die aber nichts weiter ist, als das Mass der Einschränkung des freien Ermessens. Solange aber dies nicht, mit der auf diesem Gebiete nur irgend möglichen Sorgfalt, genauer positivrechtlich bestimmt ist, wird die Aufzeigung jener Mittellinie nur eine scheinbare und nicht auf die Dauer befriedigende Lösung des Problems bedeuten können.

Bevor dies dargetan wird, sei zunächst ein Unterschied herausgestellt zwischen dem Verwaltungsermessen und dem Ermessen des rechtsprechenden Richters in Zivil- und Strafsachen. Da die Verwaltung meist auf rasches Eingreifen, zweckmässiges, durch formaljuristische Vorschriften möglichst unbeengtes Handeln zwecks Erfüllung von Staatsaufgaben angewiesen ist, so würde sie diesen vielfach nicht gerecht werden können, wenn sie überall und in eingehendster Weise Rücksicht zu nehmen hätte auf gesetzliche Einzelbestimmungen. Es ist deshalb das freie Ermessen seinem Ursprunge nach der Verwaltungstätigkeit immanent und die Rechtsgebundenheit der Verwaltung erscheint als Ausnahme. Dagegen ist die Ermessens-Befugnis des Rechtsspruchrichters entweder ausdrücklich oder in der Richtlinie des gesetzgeberischen Gedankens besonders zu begründen. Sie muss mindestens aus der Notwendigkeit einer Erfüllung gesetzlich bestimmter Aufgaben zu entnehmen sein. Sodann ist auch der Inhalt der Funktion ein ganz verschiedener. Da der Verwaltende nur ausnahmsweise von spezialisierten Rechtssätzen beengt wird und nur die allgemeine Rechtsgrundlage als vielfach dehnbare und laxe Basis zu behandeln hat, ist seine Wirksamkeit von der Rücksichtnahme auf den höchsten Grundsatz der Rechtsgemässheit und damit von allen Betätigungsformen frei, die die Verwirk-

Digitized by Google

lichung des Gerechten in diesem Sinne zum Endzweck, die Rechtsgebundenheit als Richtschnur haben (vgl. oben S. 492 ff.). Und endlich ist zwar das freie Ermessen auch des Rechtspruchrichters möglicherweise Schöpfung; aber doch nur in freier Anwendung wohlverstandener und etwa notwendiger, sinngemässer Erweiterung positivrechtlicher Gedanken. Dagegen ist aber die schöpferische Tätigkeit des Verwaltenden sein besonderes, vom objektiven Rechte nicht wesentlich beengtes Spezifikum, sein Lebenselement, ja seine Daseinsberechtigung. So sehen wir, dass schon der Begriff des richterlichen freien Ermessens von dem verwaltungsbeamtlichen in allen Punkten verschieden ist. Auch dass die Arten des richterlichen Ermessens dem Verwaltungsbeamten in der Regel fremd sind, ergab sich bei der Erwähnung der Funktion. Dass auch das letzte Endziel nicht Rechtgemässheit ist, und dass deshalb auch die freie Ermessenstätigkeit des Verwaltungsrichters nicht diesem Ziel dienstbar ist, hat sich uns ergeben.

Eine weitere Ausgestaltung der Lehre bedingt auch noch eine Nachprüfung der besondern Arten des freien Ermessens in der Verwaltung, deren Ergebnis allein schon die Gegensätzlichkeit zu den Arten des richterlichen freien Ermessens hervortreten lässt. Es ist meines Wissens nirgends in der Literatur versucht worden das freie Ermessen in der Verwaltung zu differenzieren [1]). Den Ausgangspunkt bildet die schon angedeutete Einsicht, dass der übliche Ausgleich der Gegensätzlichkeit von rechtsstaatlich bedingter Rechtsgebundenheit und Zweckmässigkeits- bedingter Freiheit in der Verwaltung (oben S. 499 a. E.) keine wirkliche Lösung der Frage aufweist. Es ist so treffsicher, wie nur möglich, wenn Jellinek, »Allgemeine Staatslehre« S. 604 erklärt:

[1]) Die wesentlich für das österr. Recht wichtige Schrift von Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, 1888 hat eine von der meinigen grundverschiedene Fragestellung. Die formellen Zuständigkeitsfragen habe ich in dieser Abhandlung ausgeschieden. Vgl. zu jener Schrift Prazak Arch. f. öff. R. Bd. 4 S. 582, Bernatzik in Grünhuts Zeitschr. Bd. 18. S. 148 ff., hiergegen Tezner daselbst Bd. 19 S. 378. S. noch Madeyski, Studien zur Rechtssprechung des österr. Reichsgerichts S. 7 ff, 15 ff, 23 ff, 28 ff. Von tiefer und dauernder Wirkung war die den Wesenskern der Verwaltung scharf erfassende Abhandlung von Zorn, Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit Verw. Arch. Bd. 2 besonders S. 140 ff. Vgl. auch Otto Mayer, Arch. f. öfftl. R. Bd. 21 S. 27 ff., 37 Anm. 53, S. 39. 40 Anm. gegen Löning; ferner S. 47 Anm. 65.

Digitized by Google

»Auch soweit das Gebiet der Verwaltung vom Gesetz bestimmt ist, ist neben der rechtlich gebundenen ein Element freier Tätigkeit vorhanden, das nur von der allgemeinen Norm pflichtmässigen Handelns, das den Staatsorganen obliegt, nicht von irgendwelchen spezialisierten Rechtssätzen beherrscht ist.« Wonach richtet sich aber das pflichtgemässe Handeln? Was ist der Inhalt dieser allgemeinen Norm? Ist es eine Rechtsnorm, und wenn dies zutrifft, wie lautet sie? Ist sie aber wieder so lax und unsicher, wie etwa der berüchtigte § 2 des preuss. Disziplinargesetzes vom 21. Juli 1852, der den Fall der Disziplinierung gegeben ansieht, wenn ein Beamter sich durch sein Verhalten in oder ausser dem Amte der Achtung, des Ansehens oder des Vertrauens, die sein Beruf erfordert, unwürdig zeigt? Dann ist sie in Wirklichkeit überhaupt keine rechtliche Gebundenheit im Sinne der rechtsstaatlichen Idee, weil sie jeder Verwaltungswillkür offene Türe bietet. Gerade die Geschichte der eben herangezogenen Bestimmung beweist dies aufs deutlichste. Ebenso ist es nur eine Fiktion — man könnte es etwas unsanft auch Heuchelei nennen — wenn man als »Rechts«-Grundlage der Polizeiverordnung in Preussen auch den § 6 Ziff. i des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 bezeichnet: »Zu den Gegenständen der ortspolizeilichen Vorschriften gehören . . . alles andere, was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muss.« Dass angesichts einer solchen Vorschrift lediglich in den Auffassungen einer rechtsstaatlichgesinnten Zeit und in denen der Verwaltungsrichter von ebensolcher Gesinnung, nicht aber in der Rechtsnorm selbst ein Schutz des durch eine Vorschrift der Polizeiverordnung gefährdeten Bürgers liegt, dürfte zugegeben werden. Die Beispiele wären leicht zu häufen, aus denen sich ergibt, dass das freie Ermessen des Verwaltungsbeamten oft nur scheinbar, nicht aber in Wirklichkeit Grenzen und Schranken durch eine auf ihn bezügliche konkrete Gesetzesvorschrift hat; dass somit der rechtsstaatliche Gedanke — es müsste auch die Verwaltung unter der Rechtsordnung stehen — nur gewissermassen pro forma eine Konzession erhalten hat, ohne dass materiell das freie Ermessen in Wirklichkeit eine Einschränkung erfahren hätte.

Daraus folgt aber gesetzespolitisch zweierlei. Einmal, dass

Digitized by Google

dort, wo eine solche rechtsstaatliche Grundlage notwendig ist, sie auch wirklich geschaffen werden muss — unser preussisches Polizeiverordnungs- und Verfügungsrecht ruft laut nach gesetzlicher Regelung; man braucht bloss an die unnötige Häufung der Instanzen bei Anfechtung von Polizeiverfügungen, an die Unstimmigkeiten zwischen Oberverwaltungsgericht und Kammergericht zu denken. Sodann aber muss überall dort, wo der Staat in Wirklichkeit ein freies Ermessen in einem durch Gesetz oder Verordnung nicht beengten Masse gewähren will, diese Absicht auch nicht durch unglückliche Gesetzesvorschriften verballhornt werden. Wenn man aus politischen Gründen hier gewisse Verschleierungen in der Reaktionszeit der fünfziger Jahre beliebt hat, so pflegen diese sich, da sie die pseudorechtsstaatliche Vorschrift dauernder, scharfer Kritik auszusetzen, auf der andern Seite zu rächen. Wir müssen den Mut haben, zu bekennen, dass der Rechtsstaat nicht bedeuten kann die Beseitigung der der Verwaltung immanenten Aufgaben schöpferischer, auf freiem Ermessen beruhender Tätigkeit. Wir müssen ihr freie Bahn lassen, gleichzeitig aber je nach den verschiedenen Bedürfnissen die Grade und Folgen des freien Ermessens genau erkennen.

Anschütz führt (Preuss. VerwBl. 22 S. 85) aus, niemand werde die Tatsache, dass die Verwaltungsbehörden auf weiten Gebieten ihres Wirkungskreises nach »freiem Ermessen« handeln dürfen, als Beweis gegen die rechtsstaatliche Natur unseres Gemeinwesens und für das Fortgelten polizeistaatlicher Anschauungen vorbringen wollen, denn auch das hiermit bezeichnete Dürfen sei ein rechtliches Dürfen. Anders und mit den Worten des preuss. OVG. (Bd. 6 S. 298) gesprochen: unbeschränktes, pflichtmässiges Ermesssen bedeutet nichts anderes als weit gehaltene, gesetzliche Vollmachten. Vollmacht bleibe Vollmacht, einerlei, ob sie dem Mandatar viel oder wenig Spielraum zur Betätigung freien Ermessens gewährt und das Prinzip des Rechtsstaates fordere nur, dass die Verwaltung nach Recht und Gesetz geführt werden soll, nicht aber enthalte es das Postulat möglichster Spezialisierung dieser gesetzlichen Grundlagen und Vollmachten. Der gleiche Gedanke sei bei Rosin, PolVR. S. 20 zu finden.

Die hier ausgeprägte herrschende Meinung übersieht ein Wesentliches. Wenn einmal die »gesetzliche Vollmacht« so

Digitized by Google

weitgehend wäre, wie nur je das »Ermessen« zur Zeit des aufgeklärten Absolutismus oder in den 30er und 50er Jahren des 19. Jahrhunderts in Preussen? Könnte man noch ernstlich von »Rechtsstaat« sprechen? Der Fehler der zur Zeit noch anerkannten Auffassung liegt in der Ueberschätzung der Form, in der die dem Verwaltenden gewährte »Vollmacht« auftritt. Ist diese Form die »gesetzliche«, so beruhigt man sich ohne weiteres und begrüsst frohlockend den Rechtsstaat. Diesen aber müssen wir, soweit es angängig ist, gewissermassen materiell haben und nicht nur formell. Eine zu weit gehende gesetzliche Vollmacht, die in ihrer generellen Formulierung für jede nach subjektivem Befinden vorzunehmende Handlung die unanfechtbare Basis bietet, bedeutet für die rechtsstaatliche Ausgestaltung unserer Verwaltung ein grosses Hindernis und ist politisch von grosser, heute doch auf vielen Gebieten fühlbarer Gefahr, weil die scheinbare Rechtssicherung gegen weitgehendes freies Ermessen durch die »Rechtsgrundlage« vorgetäuscht aber nicht verwirklicht wird. Vollmacht bleibt nicht Vollmacht, »einerlei, ob sie dem Mandatar viel oder wenig Spielraum zur Betätigung freien Ermessens gewährt«; denn dieser kann so weit gezogen sein, dass vom Rechtsstaate jede Spur verweht ist. Das Wesen des Rechtsstaates im Sinne des heutigen deutschen öffentlichen Rechts ist Kontrollierbarkeit durch unabhängige Rechtsmittelinstanzen nach Massgabe spezieller — auch das freie Ermessen in irgend einer Weise begrenzender [1]) — Rechtsvorschriften; eine ganz allgemein gehaltene »gesetzliche Vollmacht« entspricht solchen Erfordernissen nicht.

Auf der anderen Seite begegnet man der Uebertreibung des Rechtstaatsgedankens, als ob es nach und nach gelingen könnte, alle Angelegenheiten der Verwaltung unter spezielle Rechtsnormen zu bringen, deren Anwendung durch Rechtsmittelinstanzen, insbesondere die Verwaltungsgerichte, nachgeprüft werden könnte. Man verkennt so häufig, dass zwar die Zahl der Angelegenheiten, die — zum Teil ganz unzweckmässigerweise — unter die Kontrolle der Verwaltungsgerichte gestellt werden, ständig wächst, dass aber der Bereich des freien Ermessens durchaus nicht geringer wird. Denn — abgesehen davon, dass es sich auch bei Fragen, die

[1]) Vgl. unten S. 505 ff.

Digitized by Google

der Rechtskontrolle unterliegen, betätigt — es verbreitert sich jedes Gebiet, auf dem ein weitgehendes freies Ermessen der Natur der Sache gemäss eingeräumt werden muss, mit der zunehmenden Verwicklung der der verwaltenden Tätigkeit bedürfenden Wirtschafts-, Verkehrs- und allgemeinen sozialen Verhältnisse.

Wie steht nun der »Rechtsstaat« zu diesen Fällen? Es gilt, zu erkennen, dass es die Arten des freien Ermessens sind, deren Differenzierung bald eine Durchführung der Rechtsstaatsidee ermöglicht, bald ihre Verwirklichung praktisch ausschliesst.

A. Der Verwaltung ist zunächst diejenige Art des freien Ermessens eigentümlich, welche offenlässt, ob überhaupt das Eingreifen erfolgen soll und sodann wann (z. B. E. d. Reichsgerichts v. 15. Januar 1883 Preuss.Verw.Bl. Bd. 4 S. 238) und in welcher Form. Die zahlreichen Massnahmen insbesondere der Sicherheitspolizei, die durch die täglichen, in ihrer Besonderheit nicht immer vorhersehbaren Bedürfnisse des Verkehrs auf Strassen [1]), Wegen [1]), Plätzen, Märkten [2]), bei besonderen, durch elementare Ereignisse (Ueberschwemmung, Feuer, Erdbeben, Gewitterverwüstungen usw. usw.) gegebenen Gefahren [3]) hervorgerufen werden, geben hier die nächstliegenden Beispiele ab. Jedoch auch die Ordnungs- [4]) und die Fremdenpolizei

[1]) Wie mich der beschränkte Raum überhaupt auf eine nur skizzenhafte Darlegung meiner Ideen verweist, so muss ich auch hier auf die Ausschöpfung der reichen verwaltungsrechtlichen Judikatur verzichten und mich mit Hinweisen auf einzelne Entscheidungen begnügen. So sind zu vgl. preuss. OVG. v. 26. Januar 1905 Pr. Verw. Bl. Bd. 26 S. 524; 28 S. 487 f. Eine Fülle freien Ermessens ist gegeben bei der Frage der Baukonsenserteilung z. B. OVG. v. 4. Januar 1887 daselbst Bd. 8 S. 115; und 9. November 1886, ebenda S. 53; v. 19. Oktober 1886, daselbst S. 74; v. 4. Januar 1887, S. 119; v. 11. März 1887, S. 246; v. 25. Okt. 1900 a. a. O. Bd. 22 S. 206/7.

[2]) Z. B. Zuweisung von Verkaufsstellen durch die Polizei auf dem Markte OVG. v. 6. Nov. 1905 a. a. O. Bd. 28 S. 242.

[3]) „Dem Gebiet des polizeilichen Ermessens gehört namentlich die Beurteilung der Grösse der Gefahr, sowie die Frage an, ob und welche Anstalten zur Beseitigung der Gefahr geboten sind" E. OVG. v. 21. Sept. 1900 Pr. Verw. Bl. Bd. 22 S. 214.

[4]) Z. B. hat die Polizei das Recht, zu verlangen, dass der Eigentümer einen polizeiwidrigen Zustand beseitigt; wen sie im Falle des Miteigentums herausgreift, steht in ihrem freien Ermessen, obwohl dies zur grössten Ungerechtigkeit gegenüber einem der Miteigentümer führen kann. Vgl. die reichen Nachweise bei ANSCHÜTZ, Verw. Arch. Bd. 6 S. 609 f.

Digitized by Google

gehören hierher; z. B. hat die Polizei unbeschränktes freies Ermessen, ob sie jemanden »als einen für die öffentliche Sicherheit und Moralität gefährlichen Menschen erachten« und ausweisen will [1]). Sie entscheidet allein über die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit einer solchen Massregel. Die »rechtsstaatliche« Idee finden manche in solchen Fällen in der pflichtgemässen Entscheidung. Gewiss, das bedeutet einen gewissen Schutz gegen Willkür, aber vom »Rechtsstaat« kann nicht die Rede sein. Denn wer steckt die Grenzen der Pflicht ab? Dieselbe Verwaltung, die freitätig handelt. Auch in der Dienstpragmatik und im Strafrecht besteht ein gewisser Schutz: Bestechung, Handeln des Beamten zu eigenem Nutzen, ungerechtfertigte Bevorzugung und Benachteiligung des Bürgers muss oder kann nicht nur kriminell, sondern auch disziplinarisch geahndet werden. Doch bestand solche Vorsorge auch schon vor dem »Rechtsstaat« im heutigen Sinne, ein Rechtsmittelverfahren hat es in geordneten Kulturstaaten bereits früher gegeben. Vor allem jedoch: Wo sind die besonderen Rechtsnormen, an denen die Handlungsweise des Verwaltungsbeamten in den bezeichneten Fällen auf die Rechtsgemässheit geprüft werden könnte, selbst wenn Instanzen zur Kontrolle vorhanden sind? Sie sind nicht da, sie müssen fehlen. Der »Rechtsstaat« ist insofern undurchführbar. Das Ermessen ist so frei, als ob jener nicht da wäre. Von einer Rechtsgebundenheit in justiziellem Sinne kann nicht die Rede sein. Hier ist die praktischpolitische Folge, dass auch die Unterstellung unter die Verwaltungsgerichte dem Wesen dieser Dinge widerspräche.

B. Eine andere Gruppe stellen die Fälle vor, in denen eine gesetzliche Grundlage gegeben ist, aber die Entscheidung in das Belieben der Verwaltung — die hierbei staatliche oder örtliche Interessen aller Art abwägen soll — gestellt ist. Hierher gehören die zahllosen Polizeiverordnungen, die die Gestattung einer Handlung z. B. eines Umzuges, einer öffentlichen Tanzlustbarkeit [2]), einer Rede am offenen Grabe usw.

[1]) OVG. v. 10. November 1905 Preuss. Verw. Bl. Bd. 28 S. 66.

[2]) So in ständiger Rechtsprechung des preuss. OVG. z. B. E. v. 25 Okt. 1900 Pr. Verw. Bl. 22 S. 206/7. Befreiung von einer Kommunalsteuer stellen Steuerordnungen oft in das Ermessen des Magistrats s. z. B. Freytag im Pr. Verw. Bl. Bd. 19 S. 507.

Digitized by Google

enthalten. Die Möglichkeit, hier Remedur gegen eine als Willkür empfundene Handlung zu schaffen, besteht nur insoweit, als sie auch vor dem Rechtsstaat bestanden hat. (S. oben zu A am Schluss.)

B. Eine strengere Bindung des freien Ermessens findet statt, wenn die Rechtsgrundlage zwar noch allgemein, aber doch bereits mit einem Erfordernisse besonderer Art, gewissermassen an der Peripherie, durchsetzt ist, gewöhnlich mit dem des »polizeilichen« Elements. Wo schlechterdings jedes polizeiliche Motiv fehlt, obwohl der Polizei als solcher ein pflichtgemässes Ermessen gesetzlich zugewiesen ist, wird Willkür anzunehmen sein [1]). Hier kommt es darauf an, ob positivrechtlich ein Rechtsmittelverfahren im konkreten Falle (z. B. § 127 ff. LVG.) zugelassen ist. Dann ist schon die Möglichkeit der Durchführung rechtsstaatlicher Ideen gegeben [1]). Ueberall aber wird der Verwaltung frei bleiben müssen, ob es im konkreten Falle notwendig war, das einer Rechtsgrundlage bedürfende vorzukehren; erst wenn der Verwaltungsakt nach freiem Ermessen für notwendig gehalten wurde — »nach Berücksichtigung der Verkehrs- und sonstigen .. Verhältnisse« »bei Würdigung des öffentlichen (Verkehrs-)Interesses« — kann die Rechtsgemässheit in Frage kommen.

D. Eine weitere Bindung an das Recht findet statt, wenn die Verwaltung handeln muss, sei es auf Grund des Gesetzes als wirkender Ursache, sei es infolge In-Bewegung-Setzung des Entschlusses durch den Staatsbürger. Eine Reihe von Möglichkeiten ist hier weiter gegeben, so wenn nicht nur die Pflicht zum Verwaltungsakt, sondern zu einer bestimmten Form desselben endlich auch zur Beachtung von Rechtssätzen bei der materiellen Entscheidung gesetzlich fundiert ist [2]).

[1]) Häufig ist die Annahme des gerechtfertigten polizeilichen Eingreifens abhängig gemacht von dem Vorhandensein des „öffentlichen Interesses" z. B. im Wegerecht § 56 Zust. G. (vgl. OVG. E. v. 16. April 1884 Pr. Verw. Bl. Bd. 5 S. 389, v. 18. und 25. März 1885 Pr. Verw. Bl. Bd. 6 S. 299 und 359), im Kommunalrecht z. B. östl. LGO. v. 3. Juli 1901 §§ 2 ff. Da aber dieser Begriff des öffentlichen Interesses wieder nur mit „freiem Ermessen" festzustellen ist, ist der „Rechtsstaat" nur in den Fällen eine wirkliche Macht, wo Rechtsmittelinstanzen gegeben sind.

[2]) Nach § 53 Abs. 2 Gew.O. können gewisse Genehmigungen und Bestallungen zurückgenommen werden, wenn aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel derjenigen Eigenschaften, welche bei der Erteilung der Genehmigung oder Bestallung nach Vorschrift des Ge-

Digitized by Google

Es genügt an die Fälle zu denken, die in den meisten Bundesstaaten der Nachprüfung der Verwaltungsgerichte unterworfen sind, wobei eine differenzierte Stufenleiter grösserer oder geringerer Gebundenheit vorhanden ist. Hier ins einzelne zu gehn, würde die Lehre von dem Gegenstande des Verwaltungsstreitverfahrens aufrollen heissen. Dessen bedarf es auch nicht; nur so viel ist ohne weiteres klar, dass alle diejenigen Schwierigkeiten, die dem in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten entscheidenden Richter erwachsen hinsichtlich des Tatbestandes, der anzuwendenden Norm und der Rechtsfolge (vgl. oben S. 466—477), auch für den Verwaltungsbeamten eine Rolle spielen[1]). Seine Rechtsgebundenheit kann im einzelnen aber doch nicht so weit gehen, da er nicht nur dem Gesetz unterworfen ist und nicht als letzten Leitstern seines Wirkens die Rechtgemässheit zu betrachten hat. Vielmehr hat er auch bei Anwendung der Rechtsnorm alle Verhältnisse öffentlicher Art vor allem die staatlichen Interessen zu beachten, das öffentliche Wohl vor dem eines Einzelnen oder einer zahlenmässig geschlossenen Gruppe zu berücksichtigen. Dieses auch bei »Rechtsgebundenheit« zulässige Verfahren müssen die vorgesetzten Instanzen ebenfalls beobachten und auch in einem formellen Beschwerdeverfahren als ein dem Wesen der Verwaltung entsprechendes respektieren. Daraus folgt aber sowohl, dass das letzte Ziel der Verwaltung nicht die Rechts-

---

setzes vorausgesetzt werden müssen, klar erhellt. Der Verwaltungsbeamte und nachher der Verwaltungsrichter hat deshalb, wenn er die Handlung oder Unterlassung festgestellt hat, zu prüfen, ob der Mangel jener Eigenschaften gegeben ist. Er muss hierbei nach freiem Ermessen verfahren. Zu unterscheiden sind folgende Fälle der Gew. O.: § 30 Ziffer a): „unzuverlässig" — ethischer Begriff — ganz freies Ermessen; Ziff. b): gesundheitspolizeiliche und verwaltungstechnische Frage; hier ist das Ermessen schon beschränkt. Ziff. c) und d) geben wieder eine weitgehende Ermessensfreiheit hinsichtlich der Frage, ob erhebliche Nachteile oder Gefahren vorliegen. Der § 32 Gew.O. enthält wieder den Begriff der Zuverlässigkeit, § 34 den der Unzuverlässigkeit. Im § 33 handelt es sich darum, ob „die Annahme" gerechtfertigt ist, ob „polizeiliche Anordnungen" beachtet sind und ob ein „Bedürfnis" vorliegt. Hierzu KAPPELMANN, Pr. Verw. Bl. S. 25 Bd. 4.

[1]) Natürlich tauchen hier dieselben „Ausfüllungsbegriffe" (oben S. 469) auf z. B. „angemessener" Satz für öffentliche Unterstützung Erk. d. BA. f. Heimatswesen v. 23. Sept. 1882 Pr. Verw. Bl. Bd. 4 S. 6, „notwendige Unterstützung" im Sinne des UWG., desselben Gerichtshofs Erk. v. 16. Sept. u. 7. Okt. 1882, daselbst S. 24.

Digitized by Google

gemässheit ist, auch wo die strengere Rechtsanwendung vorgeschrieben ist, als auch, dass das freie Ermessen hier eine ganz andere Funktion besitzt, als bei dem Spruchrichter in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, indem es nicht wie eine dem Zivilrichter besonders zu gewährende Befugnis, sondern eine der Verwaltung an sich immanente Denk- und Aktionsform in den Grenzen der Gesetze der bestmöglichen Ordnung des Gesamtrechtsverhältnisses von Staat und Untertan (Verwaltung des Inneren und der Finanzen, der Justiz und der Militärangelegenheiten) und desjenigen des Staates zum Auslande (Verwaltung des Auswärtigen) dienstbar ist. Die Korrektur der Entscheidung durch die vorgesetzte Verwaltungsbehörde erfolgt ebenfalls nur mit Hilfe eines solchen freien Ermessens, evtl. mit dem Ergebnis, das Ermessen der höheren Instanz an die Stelle desjenigen der unteren bei Anwendung eines massgeblichen Rechtssatzes zu setzen. Es macht aber ausschliesslich keinen Unterschied, wenn es sich um formelle Rechtsmittel und um Entscheidungen der Verwaltungsgerichte handelt. Damit kommen wir zur Frage des freien Ermessens des Verwaltungsrichters. Die Verwaltungsgerichte sind der richtigen Ansicht nach »Behörden in der Verwaltung, die berufen sind, obrigkeitliche Aussprüche zu erlassen unter Mitwirkung der beteiligten Parteien« (Otto Mayer). Sie sind Verwaltungsbehörden in den Formen der Rechtspflege, für die weder der § 1 GVG., noch der Grundsatz der Rechtgemässheit in derselben Strenge wie für die Zivil- und Strafgerichte gilt; sie sind nicht mehr und und nicht minder »rechtsgebunden«, wie die Verwaltungsbehörden, von denen in diesem Absatze die Rede ist. Das freie Ermessen des Verwaltungsrichters ist seinem Wesen nach dasselbe wie das des Verwaltungsbeamten, nur dass für jenen die Fälle der Verwaltung in Frage kommen, in denen eine strengere Rechtsbindung vorliegt, während das administrative Ermessen sich, wie gezeigt, in solchen nicht erschöpft.

Die strengste Bindung an das Recht, die Durchführung der Rechtsstaatsidee durch Kontrolle seitens der Verwaltungsgerichte schliesst deshalb folgerichtig die Nachprüfung des freien Ermessens der Verwaltungsbehörden auch hinsichtlich der Notwendigkeit und

Digitized by Google

Zweckmässigkeit nicht aus. Es sind deshalb die Verwaltungsgerichte in Preussen nicht unzuständig, wenn sich ein Akt als ein solcher des administrativen Ermessens darstellt, mag dieses in einem der obigen Fälle A—C mehr oder weniger frei sein oder sich innerhalb und bei der Anwendung von besonderen Gesetzesvorschriften betätigen. Wo, wie z. B. im bayr. Recht (Gesetz v. 8. August 1878 Art. 13 Ziff. 3) jene Folgerung nicht gezogen ist, fehlt es an der Durchführung eines grundlegenden Gedankens, der die Verwaltung und ihre Rechtskontrolle beherrscht. Tatsächlich wird die meist unlösliche Verbindung von Ermessens- und Rechtsfragen eingesehn und das preussische Oberverwaltungsgericht betont vielfach seine Zuständigkeit auch über Ermessensfragen zu urteilen. A. W. Jebens bezeugt, wenn auch missbilligend (Preuss. Verw. Bl. 22 S. 82), dass es jetzt massenhaft »Streitsachen« gebe, in denen es sich — obwohl »eine lange Reihe von zunächst materiellrechtlichen Spezialgesetzen der Verwaltung die Verwaltungsgerichte reichlich bedacht hat« — nur noch ganz ausnahmsweise um ein Judizieren nach strictum jus handelt, der Schwerpunkt jedenfalls darin nicht mehr liegt [1]).

Auf dem Gebiete der Polizeiverfügung hat man von diesem Grundsatze Abstand genommen. Speziell in Preussen ist der Verwaltungsrichter nur zur Nachprüfung berechtigt in der Richtung, ob die Polizeiverfügung in dem bestehenden Rechte und in den tatsächlichen Voraussetzungen ihre Rechtfertigung findet (§ 127 ff. LVG.). Weder darf die Notwendigkeit oder Angemessenheit, noch auch geprüft werden, ob die Polizeibehörde ausreichenden Anlass zu ihrer Verfügung hatte, oder ob sie »von ihr auch ohne Gefährdung erheblicher öffentlicher Interessen Abstand nehmen durfte. Beschwerden darüber, dass die Polizeibehörde von ihrem Ermessen keinen angemessenen Gebrauch gemacht habe, können mit Aussicht auf Erfolg zwar den Aufsichtsbehörden, nicht aber den Verwal-

[1]) Es genügt ein Hinweis darauf, dass die Art des Verwaltungsprozesses auf unsere Frage bestimmend auszuwirken vermag. § 76 LVG. gibt dem Gericht anheim, nicht nur den angetretenen, sondern auch den nach seinem Ermessen erforderlichen Beweis zu erheben. Es scheint mir noch des Nachweises bedürftig, wenn es Verw. Arch. Bd. 6 S. 606 heisst: „Allerdings handelt es sich hierbei um freies Ermessen, so dass die Behauptung, es sei von diesem Ermessen kein geeigneter Gebrauch gemacht worden, einen Revisionsgrund nicht abgibt.“ Vgl. die analoge Frage S. 470 und 475 a. E.

Digitized by Google

ungsbehörden unterstellt werden« [1]). Mögen für diese Regelung praktische Gründe, die in der Richtung der Möglichkeit polizeilichen tatkräftigen Durchgreifens liegen, sprechen, so sind die Bedenken doch ganz erheblich. Wenn eine polizeiliche Verfügung, die grosse Vermögenswerte betrifft, aus ganz geringfügiger Veranlassung ergangen war, entsteht — und die Betroffenen wissen davon zu erzählen! — ungemessener und in keinem Verhältnis zum polizeilichen Zwecke stehender Schaden ohne Möglichkeit einer Remedur. Der rechtsstaatliche Gedanke, der nirgends mehr als bei polizeilichen Verfügungen zur Durchführung gelangen müsste, kommt zu kurz. Je mehr Ermessen die Verwaltungsgerichte nachprüfen und je mehr sie solches selbst üben, in dem sie das eigene an die Stelle des Ermessens der angefochtenen Instanz setzen, desto grösser die rechtsstaatliche Garantie.

Die Arten des administrativen und verwaltungsrichterlichen Ermessens sind damit nicht erschöpfend angegeben. Es kommen zahlreiche Kombinationen der angegebenen Typen vor, so z. B. wenn die Entschliessung zum Eingreifen ganz freigestellt ist, im Falle der verwaltungsbehördlichen Initiative jedoch nicht nur gewisse Formen inne gehalten werden müssen, sondern auch verwaltungsgerichtliche Nachprüfung vorgeschrieben ist, z. B. auf dem Gebiete der Staatsaufsicht über die Kommunen, beim Beanstandungs-, Anfechtungs- und Zwangsetatisierungsrecht in Preussen [2]). Das wesentliche ist mir nur, darauf aufmerksam zu machen, dass es möglich ist, verschiedene Gruppen auch gesetzgeberisch herauszuarbeiten, um dann für jede das Mass des freien Ermessens mit annähernder Genauigkeit zu bestimmen (vgl. oben S. 500). Heute ist nirgends irgend ein gesetzlicher Halt für den Verwaltungsbeamten und Verwaltungsrichter in dieser Beziehung vorhanden und sie bestimmen ihr freies Ermessen — nach eigenem freien Ermessen, indem sie selbst die vom Gesetz gewollten Grenzen des »Rechtsstaats« nach Subjektivität abstecken. Ich sehe es

[1]) Vgl. z. B. E. OVG. v. 15. Okt. 1903 Pr. Verw. Bl. 25 S. 543.

[2]) Vgl. auch O. Müeller, Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege 1895 S. 11.

Digitized by Google

für notwendig an, je nach Materien durch den Gesetzgeber die grössere oder geringere Rechtsgebundenheit festzulegen, dort, wo vollständiges oder nur durch allgemeine Beamtenpflicht oder ganz laxe gesetzliche Basis bestimmte »Bindung« besteht, von der Durchführung der »Rechtsstaatsidee« mit Bewusstsein abzusehen, wenn es sich um Verwaltungsangelegenheiten dreht, die ihrer Natur nach solche Rechtsgebundenheit nicht vertragen; dagegen diese als Pflicht auszusprechen, wo solche immanenten Befreiungsnotwendigkeiten nicht bestehen. Heute weiss kein Mensch, wie er in der praktischen Verwaltung die Grund- und Gegensätze der rechtsstaatlichen Gebundenheit und der Zweckmässigkeit- geforderten Freiheit des Ermessens vereinen soll und wie weit die Grenzen des letzteren gezogen sind. In der Praxis ist die Betonung des »pflichtgemässen« Ermessens der Deckmantel für allerhand bestgemeinte Willkür. Weder die Hintanhaltung einer Entwicklung im Sinne des Rechtsstaats noch eine Verschleierung der Unmöglichkeit, ihn in gewissen Fällen durchzuführen, kann gebilligt werden. Keine unnötigen Fesseln durch Spezialrechtssätze für die Verwaltung, aber auch Rechtsgebundenheit, wo immer es angängig ist! Freies Ermessen in allen Fällen, aber von verschiedenem Umfang, von verschiedener Tragweite.

So erscheint denn auch die Formel, die Verwaltung habe zum letzten Ziele die Durchführung von Staatsaufgaben nach Zweckmässigkeit, Angemessenheit, innerlich hohl. »Zweckmässig« soll auch der Zivil- und Strafrichter entscheiden und gerade das ihm heute einzuräumende freie Ermessen hilft ihm hierbei. Richtig ist nur, dass nicht die Rechtsgemässheit, sondern die Rücksicht auf die beste Erledigung der Staatsaufgaben das letzte Ziel der Verwaltung ist. Doch ist dieser Satz auch für den Polizeistaat wichtig; er lässt den »Rechtsstaat« ausser Acht. Es bietet jene herkömmliche Formel keinen Anhalt zur Erkenntnis und Beurteilung des justiziellen Einschlags in die Verwaltung, keine Erklärung für die »Rechtsgebundenheit«, keine Auflösung des Gegensatzes, der in deren Verhältnis zu dem »freien« Ermessen liegt. Nur dann ist das Problem gelöst, wenn man das Wesen des Ermessens in der Justiz und in der Verwaltung als verschieden erfasst, letzteres (wie oben S. 509) als Denk- und Aktionsform erkannt hat, mit deren Hilfe die bestmögliche Ordnung des Gesamtrechtsver-

Digitized by Google

hältnisses von Staat und Untertan sowie von Staat zu Staat in den Grenzen der Gesetze durchgeführt und erhalten wird.

Das materielle Unterscheidungsmerkmal zwischen Justiz und Verwaltung besteht sonach lediglich in der Verschiedenheit des freien Ermessens, seines Rechtsgrundes, seiner Funktion, seines Endzieles. Diese Verschiedenheit scharf auch gesetzgeberisch herauszuarbeiten ist die Aufgabe der Zukunft.

Es ist nach alledem kaum mehr nötig, mehr als anzudeuten, dass auch das Aufgabengebiet der Verwaltungsgerichte sich nach der richtigen Auffassung vom freien Ermessen richten muss. In Angelegenheiten in denen dieses, immanenten Notwendigkeiten der Verwaltung entsprechend, eine Rechtsgebundenheit nicht verträgt, soll man die Verwaltungsgerichte nicht bemühen. Wohl aber nach Möglichkeit dort, wo derartige innere Hemmungen rechtsstaatlicher Weiterbildung nicht bestehen. Endlich ist darnach zu streben, dass die Verwaltungsgerichte auch die Zweckmässigkeit und Notwendigkeit des Verwaltungsakts überall sollen nachprüfen können, womit eine Kontrolle des freien Ermessens gegeben ist.

Für die Lehre vor der Teilung der Gewalten aber bedeuten die gewonnenen Ergebnisse eine Festigung. Wer den eigenartigen Unterschied des freien Ermessens in der Justiz und in der Verwaltung erkannt hat, wird die Vermischung dieser Staatsfunktionen vermeiden, mag hier wie dort Rechtsgebundenheit, hier wie dort »Freiheit« »Zweckmässigkeit« »Angemessenheit« eine Rolle spielen. Ist bei jeder Staatsfunktion wie Jellinek festgestellt hat, freie und gebundene Tätigkeit vorhanden, so liegt nunmehr klar, dass jene Freiheit und jene Gebundenheit nicht bei der Justiz und bei der Verwaltung gleichartig ist. In der Linie dieser Einsicht liegt auch der notwendige Widerspruch gegen die Richtung in der Rechtslehre, die den Richter zum Gesetzgeber machen oder diesem gelegentlich überordnen will. Die hiermit verbundenen Gefahren der Rechtsunsicherheit, der Unvorhersehbarkeit der Entscheidung fallen am leichtesten ins Auge. (Näheres Kleinfeller im Jan. Heft 1908 S. 199 ff. des Archivs für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie). Gegenüber der »freien

Digitized by Google

Rechtsschule« ist die Warnung berechtigt, dass ihre letzten Ziele eine Vermischung der materiellen Staatsfunktionen bedeuten. Der absolute Fürst hatte Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung in einer Hand; die Lehre von der Teilung der Gewalten ist gedacht als eine Hauptschutzwehr gegen den Absolutismus. Sie hat auch als solche ihre unermessliche Bedeutung. Geht es mit den Ueberstiegenheiten der freien Rechtsschule so weiter, so haben wir bald den auf Gefühlswerte seine Entscheidung abstellenden, sozial-ethischen absolutistischen Richter, der Funktionen des Gesetzgebers unter dem Scheine eines falsch verstandenen freien Ermessens usurpiert und mit »Zweckmässigkeit« im Sinne der der Verwaltung früher zugewiesenen Aufgabe seine dem Staat gewidmete Tätigkeit ausübt. Ist dies wirklich ein Ziel, aufs innigste zu wünschen? Ich glaube, dass die Staatsrechtswissenschaft Recht und Anlass hat, besorgte und eindringliche Mahnung vor der Verschleuderung konstitutioneller Errungenschaften höchsten Wertes auszusprechen.

Digitized by Google

Fritz Fleiner:

Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht.

Akademische Antrittsrede. Kl. 8. 1906. M. —.50.

Robert Piloty:

Autorität und Staatsgewalt.

Klein 8. 1905. M. —.60.

W. van Calker:

Das badische Budgetrecht in seinen Grundzügen.

I. Teil. Geschichtliche Entwicklung. 8. 1901. M. 6.—.

Heinrich Triepel:

Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche.

Eine staatsrechtliche und politische Studie.

Groß 8. 1907. M. 3.60.

Quellensammlungen zum Staats-, Verwaltungs- u. Völkerrecht.

In Verbindung mit Prof. Dr. Hermann Rehm in Straßburg, Prof. Dr. Walther Schücking in Marburg, Prof. Dr. Karl Freiherrn von Stengel in München, Prof. Dr. Karl Zeumer in Berlin vornehmlich zum akademischen Gebrauche herausgegeben von Prof. Dr. Heinrich Triepel.

Bd. 1. Triepel, Dr. **Heinrich**, Professor in Tübingen, **Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht.** Zweite, durch Zusätze bis zur Gegenwart fortgeführte Ausgabe. Groß 8. 1907. M. 5.—. Gebunden M. 6.—.

Bd. 2. Zeumer, Dr. **Karl**, Professor in Berlin, **Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit.** Groß 8. 1904. M. 9.—. Gebunden M. 10.—.

Teil I: Von Heinrich IV. bis Friedrich III. M. 5.—. Gebunden M. 6.—.

Teil II: Von Maximilian I. bis 1806. M. 5.60. Gebunden M. 6.60.

Bd. 3. von Stengel, Dr. **Karl**, Freiherr, Professor in München, **Quellensammlung zum Verwaltungsrecht des Deutschen Reiches.** Groß 8. 1902. M. 8.40. Gebunden M. 9.40.

Bd. 4. Schücking, Dr. **Walther**, Professor in Marburg, **Quellensammlung zum preußischen Staatsrecht.** Groß 8. 1906. M. 7.20. Gebunden M. 8.20.

Bd. 6. Rehm, Dr. **Hermann**, Professor in Straßburg, **Quellensammlung zum Staats- und Verwaltungsrecht des Königreichs Bayern.** Groß 8. 1902. M. 6.50. Gebunden M. 7.50. Mit Ergänzungsheft 1907. M. 7.—. Gebunden M. 8.—.

Digitized by Google

Das öffentliche Recht der Gegenwart.

In Verbindung mit einer grossen Anzahl hervorragender Schriftsteller des In- und Auslandes herausgegeben von

Dr. Georg Jellinek, Professor an der Universität Heidelberg.
Dr. Paul Laband, Professor an der Universität Strassburg.
Dr. Robert Piloty, Professor an der Universität Strassburg.

Das „öffentliche Recht der Gegenwart" erscheint in einem systematischen Teil und einem fortlaufenden Teil.

Der systematische Teil umfasst die Monographien, welche den einzelnen Staatsrechten und allgemeinen Lehren gewidmet sind. Diese Monographien sind hinsichtlich des Umfangs nach dem Gesichspunkte bemessen, dass möglichst alles Wichtige in übersichtlicher Klarheit, quellenmässiger Begründung und gedrängter Kürze und Vollständigkeit zur Darstellung kommen kann. Einzelnen Bänden wird, je nach Bedarf, als Anhang der Text der Verfassungen beigegeben.

In der Subskription auf das ganze Sammelwerk tritt eine Ermässigung von 10% des Ladenpreises ein.

Bis jetzt liegt vor:

Deutsches Reichsstaatsrecht. Von Dr. Paul Laband, ord. Prof. des deutschen Rechts an der Universität Strassburg. Lex. 8. 1906. Preis: M. 8.—, geb. M. 9.60. In der Subskription auf das ganze Sammelwerk M. 7.20, geb. M. 8.80.

Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Von Dr. Karl Göz, Geheimer Rat und Vorstand des württ. Verwaltungsgerichtshofs. Lex. 8. 1908. Preis M. 12.—, geb. M. 14.—. In der Subskription auf das ganze Sammelwerk (Systematischer Teil und Jahrbuch) M. 10.80, geb. M. 12.80.

Unter der Presse:

Völkerrecht. Von E. von Ullmann.

Der fortlaufende Teil besteht in einem

Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts,

welches von den Herausgebern redigiert wird. Erschienen ist:

Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts. Band I. 1907. Preis: 11 Mark, geb. 12 Mark 60 Pf. (In der Subskription auf das ganze Sammelwerk M. 9.90, gebunden M. 11.50.)

Inhalt:

1. Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung. Von Laband. 2. Die Entwicklung der Staatsrechtswissenschaft seit 1866. Von Zorn. 3. Die Haager Konferenz von 1899 und die Weiterbildung des Völkerrechts. Von E. von Ullmann. 4. Jurisprudenz und Gesetzgebung. Von Freund-Chicago. 5. Justizreform. Von Mendelssohn-Bartholdy-Würzburg. 6. Gesetzliche und parlamentarische Regierung in Ungarn. Von G. Steinbach-Wien. 7. Die amerikanische Präsidentenwahl. Von John W. Burgess-New-York. Berichte über Preussen, Bayern, Württemberg, Baden, Braunschweig, Mecklenburg, Belgien, Dänemark, Schweiz und Spanien.

Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts. Bd. II. 1908. Erscheint im Sommer 1908 und soll u. a. enthalten:

Laband, Die Reichsgesetzgebung des Jahres 1907; Dochow, Die Gesetzgebung Preussens im Jahre 1907; Grassmann, Aenderungen in der bayerischen Behördenorganisation; Nägele, Das Wassergesetz für das Königreich Bayern vom 23. März 1907; Haff, Der Stand des Grundentlastungsrechtes in Bayern; Göz, Gesetzgebung in Württemberg 1907; Walz, Die Gesetzgebung in Baden im Jahre 1906 und 1907; van Calker, Die Entwicklung der hessischen Verwaltungsorganisation tm 19. Jahrh. Seelig, Das Hamburgische Wahlgesetz zur Bürgerschaft vom 5. März 06.

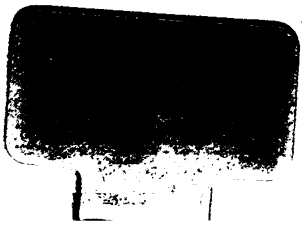
Des weiteren Berichte aus Belgien (Errera), Dänemark (Hansen), Finland (Erich), Griechenland (Saripolos), Italien (Siotto Pintor), Oesterreich (Ulbrich), Russland (Schlesinger), Spanien (Posada), Ungarn (Steinbach); einen grösseren Bericht über die Trennung von Staat und Kirche in Frankreich (Fardis); endlich Abhandlungen über die Haager Konferenz (Max Huber) und über Nationalitätenrecht (Lukas).

Prospekte über das „Oeffentliche Recht der Gegenwart" sowie über das „Jahrbuch" stehen zu Diensten.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Printed in Germany

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google